PER

LA SOSTITUZION PUPILLARE

DEL

MARCHESE DI DUCENTA

D. NICCOLA FOLGORI

AL DEFUNTO

MARCHESINO D. SALVADORE

suo nipote per fratello.

Nel Trib. Civile di Napoli.

INTRODUZIONE.

PARTE PRIMA.

Della validità del testamento del Marchese D. Ferdinando.

PARTE SECONDA.

Analisi e valor legale delle disposizioni del Marchese D. Ferdinando, eccettuato quel, che riguarda il divieto supposto e l'effetto della sua pupillare.

PARTE TERZA.

Che il cambiamento della legislazione non abbia offesa la pupillare ordinata dal Marchese D. Ferdinando.

SEZIONE I.

Si suppone la pupillar sostituzione vietata dal Codice Civile; e se ne tratta, come di disposizione della paterna eredità.

SEZIONE II.

Supposta tuttavia vietata la pupillare dal Codice Civile, se ne tratta, come di disposizione del figliuolo.

SEZIONE III.

Che la pupillare non sia vietata dal Cod. Civ.

APPENDICE ALLE TRE SEZIONI
DELLA PARTE III.

PARTE QUARTA.

Della prorogazione della sostituzion pupillare, ordinata dalle leggi attuali.

INTRODUZIONE.

§. I. Origine, accidenti e spezie della causa.

E chi avrebbe mai preveduto, che i difensori del giovinetto Marchese di Ducenta, D. Salvadore Folgori, i quali, mesi sono, combattevan per lui, resistendo alle varie intraprese formate contra il vasto suo patrimonio, dovessero dopo spazio così brieve occuparsi della sua eredità! Caso veramente lagrimevole per chi riguardi la morte acerba e le qualità commendabili del picciol defunto; ed insieme maraviglioso, se si contemplino gli accidenti, che han preparata, e che accompagnano sì ricca successione! Accidenti, che offrono alla immaginazione il curioso spettacolo di una lutta ostinata fra la caducità delle umane cose, ed uno spirito, per così dire, conservatore e protettore di una riguardevol famiglia.

Il padre, Marchese D. Ferdinando, succeduto ad un ampio retaggio antico, veniva colla più felice industria estendendolo di mano in mano, allorchè nel mez-

zo quasi del cammin della vita, dovè abbandonarlo, lasciando superstite l' undecimo appena de' figliuoli, che doppie nozze gli avevano precariamente dati.

Rimaso questi in età infantile sotto una legge nuova, che tutti aveva disciolti i vincoli, co' quali si eran tenute fino allora legate le grandi fortune, e che dava al sopravvivente fra' genitori, per tempo lunghissimo, il pieno e libero godimento di ogni, quantunque si fosse ampio, pupillar patrimonio; trovò nella madre, uscita già da una delle più illustri e più virtuose famiglie della capitale, D. Marianna Pignatelli di Monteroduni, il maggior compenso, che si potesse, alla disgrazia della orfanità immatura. Costei, che univa ad un corpo debole uno spirito maschio, ed a' vantaggi del sesso, della età e della figura una saviezza, che non sempre si accompagna con loro; lasciata sola tutrice dal marito, che seppe apprezzarla, tutta consacrò la sua giovane vedovanza alle cure dovute al figliuolo, ed alla casa, che imprese a reggere. Il primo atto della sua virtù fu la conservazione d' un testamento, nel quale i suoi diritti venivan ristretti; poichè all' illimitato usofrutto legale le si surrogava in quello un appannaggio di lunga mano inferiore, comunque ricco; testamento, che per le susseguite vicende, doveva essere il palladio della casa. Fortunate furon le cure, ch' ella spese nello accrescimen-

mento del patrimonio del fanciullo, il qual venne prosperando oltre modo. Così del pari lo fossero state le sue materne sollecitudini, intorno alla vita di lui; che vacillante fin dalla prima ora, si venne per altro confermando alcun poco, tanto che ella non ne vide il termine. Felice in ciò solamente, che prevenne col suo morire un cordoglio, a cui non avrebbe saputo reggere; ma la sua morte minacciò d' un secondo crollo la casa.

Quì il genio riparatore di questa le ispirò a tempo il felice pensiero di provvedere il figliuol d' un tutore, che legato di parentela al pupillo, che abbondante di beni di fortuna, che ricco maggiormente di senno, che accreditato e rispettato nel paese per molti meriti, e spezialmente per essere stato con fermezza e con successo al timone della cosa pubblica nelle ultime tempeste politiche (1), non gli avrebbe fatto sentire alcun difetto nella amministrazione delle sue cose. Questo fu pensiero della madre moribonda, di cui noi (con dolore ce ne rimembra) raccogliemmo gli ultimi voleri; e la sua disposizione fu dedicata unicamente a far salva la fortuna del figliuolo, e ad assicurarne la educazione, che affidò con generosa ricompensa ad un altro de-

(1) *Il Sig. Duca di Carignano.*

degno uomo, che gli pose a fianco. Il successo di queste cure era da tutti previsto; il resto lo avrebbero fatto, come pareva, la indole eccellente, la saviezza più celere dell' età, il buon costume, e la bontà perfetta del giovinetto, che si diffondeva soprattutto in beneficenze.

Ma mentre che egli procedeva, avanzando la comune aspettazione, mentre che la sua esistenza veniva spiegando maggior vigore e maggior grazia, mentre che la età si appressava di doverla moltiplicare, mentre che la sua mano formava il desiderio delle più degne damine e delle principali famiglie della città; in età di diciassette anni e dieci giorni, prima che se ne capisse, anzi sapesse la malattia, fra lo sbalordimento e le lagrime di tutti i suoi, domestici, amici e congiunti, si sentì colpito da morte,

Purpureus veluti . . . flos succisus aratro (1);
Oh fallaci speranze degli uomini, e fragile loro fortuna, e vane nostre contenzioni! che nel bel mezzo spesso si rompono e cádono, e affondansi nello stesso lor corso, prima di poter giugnere alla vista bramata del porto (2)! Così

---

(1) *Virgil. Aeneid. IX.*

(2) *O fallacem hominum spem, fragilemque fortu-*

Così si apre la successione del Marchesino di Ducenta, e concorrono da' due lati, paterno e materno, numerosi zii e zie a volersela dividere. Già pareva cadere irreparabilmente una gran casa, formata colle cure, co' sudori, co' pericoli di tanti anni! e andarsene quà e là a disperdere le rovine, fra le mani di persone, per altro tutte degne, ma la più parte estranee a' suoi edificatori, e fuori del loro sangue! quando venne in mente ad alcuno di cercare il testamento del Marchese D. Ferdinando.

Il testamento fu letto, e vi si trovò inaspettatamente incluso il *testamento del figliuolo*, ossia la sostituzion pupillare (che testamento del pupillo dalle leggi vien detta) in favore del maggior zio, D. Niccola Folgori, Marchese attuale di Ducenta. Questo secondo testamento, che viene nella sostanza della cosa ad aprirsi sotto le leggi attuali, le quali ammettono espressamente la sostituzion pupillare, ha dato il grido all'armi; e tutti gli altri interessati si son rivolti, com' era naturale, contra il sostituito.

---

tunam, et inanes nostras contentiones! quæ in medio spatio sæpe franguntur et corruunt, et ante in ipso cursu obruuntur, quam portum conspicere potuerunt. Cic. *De Oratore, lib. III, cap. 2, juxta* Olivetum.

§. II. Materia e partizione di questa memoria.

Invenzioni di ogni sorta, finanche delle novellette, si sono messe in mezzo, per rintuzzare la grande impresa. Si è cominciato dal dire, che il testamento era stato rivocato. Si è proseguito aggiugnendo, che il Tribunal Civile l'aveva fin dal principio condannato nelle parti essenziali. Che quantunque non rivocato, e non annullato, la pretesa sostituzion pupillare non vi era. Che se vi era, bastavano a viziarla le fedecommessarie sostituzioni, che vi vanno unite. Che indipendentemente da ciò, la pupillar sostituzione era in opposizione colle leggi del tempo, quando il padre morì, e lo è tuttavia con quelle del tempo del morto figliuolo. Che quantunque esistente, quantunque valida, quantunque risorta tal sostituzione, non si può estendere oltre gli anni quattordici, a' quali terminava, secondo la legge del tempo, quando il testamento fu fatto.

Noi scioglieremo tutte queste difficoltà; e divideremo il nostro lavoro in quattro parti. Nella prima tratteremo le quistioni estrinseche, cioè quelle della pretesa revoca, e della forza della sentenza del Tribunal Civile, che si dice caduta sul testamento. Nella seconda esamineremo il testamento in se stesso; e vedremo, se contenga la pupillare, e quali fedecommessarie, e di

di che forza per render nulla la detta pupillare. Nella terza dimostreremo, che il Codice Civile non ha punto nociuto al nostro cliente, sì perchè l'apertura della succession pupillare si è fatta dopo il Codice Civile, comunque si voglia questo interpretare in ordine alla pupillar sostituzione; sì perchè, a bene intenderlo, egli non la proscrive punto, ma la lascia tacitamente in balía della legislazion precedente, che per noi era la romana. Nella quarta proveremo, che le Leggi Civili attuali sopravvenute in tempo, quando il giovinetto era pupillo, anche nel senso del diritto romano, abbiano prolungato la durata della pupillare, prolungando la età incapace di far testamento.

Questo lavoro non sarà brieve. Ma la importanza della causa, e più la sua materia moltiplice, e la sua novità, dipendente da un accozzamento non ovvio di molto diritto e vecchio e nuovo e novissimo, in punti poco frequenti, faran tollerabile la minutezza necessaria a sviluppar tanti nodi. Se riusciremo a farlo, non già quanto basti, ma mezzanamente, avremo servito non solo al nostro debito, ma benanche al desiderio del pubblico; che primo giudice delle gran cause, e sempre equo ne' suoi partiti, ha con compiacenza veduto sorgere un mezzo da sostenere una gran casa, fra coloro del medesimo sangue, da cui ha l'origine.

Il suffragio del pubblico è in questa causa un gran vantaggio, da compensare la necessità, in cui siamo, di estenderne alquanto a lungo la trattazione; perciocchè servendo egli di stimolo all'attenzione, come che somma e per abito indefessa de' nostri ottimi giudici, mitigherà in loro il natural tedio della prolissità; siccome alla varietà delle cose, che ci fan mestieri, è di compenso la loro dottrina.

E perchè si verifichi in tutti gli accidenti quel contrasto, che accennammo in principio, delle favorevoli circostanze concorrenti a salvare una gran fortuna, colle avverse congiurate a perderla, noi abbiamo a combattere quasi tutti i più forti campioni del foro, contra di noi collegati; e questo è un terribile disavvantaggio. Ma il vantaggio opposto lo abbiamo in loro stessi; che procedendo ciascuno per vie diverse, le quali spesso fra se s' incrocicchiano, dove espressamente, e dove col particolar silenzio dell' uno sopra i mezzi dello altro; fan così essi stessi una parte del nostro officio, e soccorron la nostra debolezza, divenendo nostri ausiliarj.

PAR-

PARTE PRIMA.

Della validità del testamento del Marchese D. Ferdinando.

§. I. Come il testamento sia stato fatto, conservato, trovato e dal Tribunal Civile conosciuto.

Addì 26 di Marzo 1801, D. Ferdinando Folgori chiuse in Napoli il suo testamento, per mano del regio notajo D. Niccola Saurini. Egli allora non aveva prole, fuorchè sperata, perciocchè la moglie era gravida, e gli erano dianzi morti, tutti in tenera età, otto altri figliuoli, procreati parte colla prima moglie, sorella dell'allora attuale, parte con lei, siccome di poi gliene morirono altri due. Addì 5 di Febbrajo, 1810, già trapassato il testatore, mentre che il Giudice di Pace del quartiere di S. Ferdinando rimoveva i sigilli apposti alla casa del defunto, per lo interesse dell' unico figliuolo pupillo D. Salvadore, rinvenne dentro un forziere, in una delle camere interne, un involto di carta, che portava l'epigrafe: *Testamento* in scriptis *del Marchese di Ducenta, D. Ferdinando Folgori, chiuso a' 26 Marzo* 1801. Svolta la detta carta, vi fu trovato ben chiuso e sigillato ed intatto in ogni sua parte il testamento anzidetto.

to. Questo è quel testamento, che non sarebbe stato difficile alla vedova sopprimere, se non avesse consultato più l'onesto, che l'utile.

Il Giudice di Pace, presosi il detto testamento, il recò al Presidente del Tribunal Civile, che secondo il rito di allora, presedeva all' apertura de' testamenti. Il Presidente, fatto chiamare a se il notajo coi testimonj, domandò il notajo, come l'atto non si trovasse in sua balía; al che quegli rispose, che addì 25 di Aprile, 1807, il testatore se lo aveva voluto riprendere; ed in pruova di ciò esibì una ricevuta dello stesso testatore, concepita ne' seguenti termini: *Dichiaro io qui sottoscritto di avermi ripigliato dal regio notajo, D. Niccola Saurini di Napoli, il mio testamento* in scriptis, *che fu da detto notar Saurini chiuso a'* 26 *Marzo*, 1801, *e dato a conservare allo stesso, non volendo io sottoscritto, che il detto testamento sia in suo potere. Ed a cautela di detto notar Saurini li ho fatto la presente. Napoli, li* 25 *Aprile*, 1807. *Marchese di Ducenta, Ferdinando Folgori*. A tal ricevuta lo stesso Presidente appose per cautela la sua soscrizione.

Indi passò a far riconoscere il testamento nella parte esteriore allo stesso notajo ed a' testimonj, i quali tutti il trovarono tal quale era delle lor mani uscito, al tempo della celebrazione, dopo l'adempimento di tut-

tutte le debite solennità. Indi fu aperto e letto. Infine il Presidente stesso il riconsegnò al notajo, il quale il fe registrare.

Questo stesso testamento, appena che la vedova Marchesa, riscossa dal suo dolore, potè cominciare ad occuparsi de' doveri di tutrice e balia del figliuolo, quale il marito l'aveva lasciata, fu da lei prodotto nel Tribunal Civile; e fu chiesto, che senza tenersi conto delle sostituzioni contenutevi, e di quanto la nuova legge proibiva, se ne ordinasse la esecuzione. In questo niun fu citato o inteso degli altri interessati del testamento, quali erano i fratelli del testatore, contemplati ivi tutti, qualora il figliuolo fosse morto in pupillare età. Il Tribunale, con atto di volontaria giurisdizione, secondò la domanda; e tutte involgendo in un fascio le sostituzioni ordinate nel testamento, quasi tutte proscritte dalla nuova legge, e senza distinguer cosa da cosa, come per ordinario addiviene, allorchè la contraddizione delle parti non ecciti l'attenzione di chi dee giudicare, le diede tutte per nulle.

§. II. Pretesa revoca.

Questa sentenza è stata dagli avversarj prodotta unitamente ad un certificato dello stesso notajo Saurini; il quale attesta, che un giorno prima della morte, il testatore il chiamò a se, per rifare il suo testamento; che cominciarono essi soli a comporne insieme un nuovo; che la debolezza dell' ammalato gl' impedì di proseguire; che perciò la continuazione fu differita al domane; che la morte frattanto ruppe il disegno, e così il testatore trapassò senza disposizione novella.

Da tutto ciò pretendon ricavare gli avversarj, che il testamento sia stato rivocato, senza neppur curare la incoerenza delle sposte cose, come sono revoca di una disposizione, ed esecuzione ordinatane dal giudice. E questa è la prima arma, che impugnano contra il Marchese D. Niccola. Veggiamo partitamente, che cosa si debba dire della pretesa rivocazione; e che cosa della sentenza del Tribunal Civile.

Il preteso modo di revoca, lasciando stare tali quali i fatti, non è nè fra quelli del diritto antico, nè fra quelli del nuovo, che giova unitamente rammentare; poichè siamo in cose passate parte sotto il vecchio e parte sotto il nuovo.

§. III.

§. III. Tre modi da rivocare un testamento, antichi e nuovi.

Il diritto romano conosceva tre maniere da rivocare un testamento. L' una era tutta materiale, cioè se il testatore rompesse o lacerasse la materia, in che la sua disposizione era scritta; se cancellasse la scrittura; se rimovesse i sigilli ec. Di questi modi è parlato nelle Pandette, al titolo, *De his quæ in testamento delentur etc.*

La seconda era, se il testatore, scorso un decennio dopo un testamento fatto, dichiarasse in presenza di tre testimonj almeno di non volerlo eseguito (1). Giustiniano con tal legge ne corresse una precedente degl' Imperadori Arcadio ed Onorio, riportata nel Codice Teodosiano, colla quale al solo corso del tempo, da un decennio in poi, si dava il valore di annullare un testamento già fatto (2). Giustiniano volle le due cose insieme, anzi tre, corso di lungo tempo, dichiarazione del testatore, intervenzione di testimonj; nè sen-

(1) *L. 27, C. De testamentis.*
(2) *L. 6, Cod. Theod. De testam.*

senza il primo requisito bastaron mai altri due (1), neppure con sette testimonj, quanti ne occorrevano a fare il testamento. *Nec ad revocandum testamentum sufficit quælibet simplex contrariæ voluntatis declaratio, coram septem testibus facta.* Così ARNOLDO VINNIO (2).

La terza maniera consisteva nel fare il nuovo testamento; poichè ogni nuovo rompeva di pieno diritto il precedente. Ma a ciò produrre, bisognava che fosse il nuovo perfetto di tutto punto. *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur* (3). Talchè (ci avverte GIUSTINIANO) non bastava, che l'atto si fosse cominciato, ancorchè solennemente, ove non fosse pervenuto al suo termine. Udiamolo dalla bocca del legislatore. *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator noluerit valere; usque adeo ut, si quis post factum prius testamentum, posterius*

(1) *Adde* PEREZIUM *in Cod. Lib. VI, tit. XXIII, n. 21.*

(2) *Ad §. 7, Inst. Quibus modis testamenta infirmantur.*

(3) §. 2, *Inst. eod.*

rius facere cœperit, et aut mortalitate prœventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint; nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est (1).

Così per diritto romano. Il diritto odierno è presso a poco simile. La rottura o l' alterazione materiale della carta del testamento è un mezzo da rivocarlo anche oggidì, per la natura stessa della cosa (2). La semplice revoca è tuttavia un mezzo efficace, purchè fatta con atto notariale, ossia per mezzo di scrittura autentica (3). Il solo, che ora non si richiede in questo mo-

 do,

(1) §. 7, *Inst. Quibus modis testamenta etc. Adde L.* 2, *D. hoc tit. L.* 18, *De legat. III*, *L.* 21, §. 2, *C. De testament.* Il discorso di PERTINACE tenuto in Senato sulla materia, ed il senatus-consulto ad esso seguito, son riferiti da CAPITOLINO nella vita di PERTINACE: *Legem sane tulit, ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, neve ob hoc Fiscus aliquando succederet etc. Cap.* 7.

(2) *TOULLIER, Droit Civil Français, Liv. III, tit. II, chap. V, art. III.*

(3) *LL. CC. Art.* 990.

do, è il corso del decennio. Il posterior testamento oggidì rivoca il primo, ove contenga la rivocazione espressa di esso, o pure in quanto la disposizion novella sia in opposizione colla prima (1). Anticamente bastava per se stesso il secondo testamento a rompere il primo, non così oggi; poichè per diritto romano era disdetto il morire con due testamenti, il che non è oggi vietato.

§. IV. L. 18, *C. De testamentis.* Suo vero senso, e sua deroga.

A' tre descritti modi da infermare un testamento si vorrebbe da alcun de'nostri avversarj aggiugnerne un quarto; e pretendesi trovarlo nella L. 18, Cod. *De testamentis. Testamenta omnia, cæteraque, quæ apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reserventur, nec usquam permittatur fieri ulla translatio. Mos namque retinendus est fidelissimæ antiquitatis, quem si quis in hac urbe voluerit mutare, irritam mortuorum faciet voluntatem.* Così gl' Impp. Arcadio ed Onorio per la città di Costantinopoli, dove antichissimo uso era, che si pubblicassero e si aprissero i testamenti dinanzi al Maestro del censo; dalla qual costituzio-

(1) *LL. CC. art.* 991.

zione si crede poter cavare, che il testamento in Napoli diventi anche irrito, togliendolo di mano al notajo.

Ma in primo luogo ivi non si parla di annullamento derivato dal volere del testatore, come è quel, che si pretende in questa causa; ma di accidente sopravvenuto al testamento dopo la sua morte, e fuori della sua volontà. *Si quis testamentum* (scrive il DONELLO su quella legge) *publicari velit, cavetur hoc loco, ut reseretur* (così egli legge, non già *reservetur*), *idest aperiatur apud magistratum census, si modo publicetur in urbe Constantinopoli, neque publicatio alio, idest apud alios magistratus, transportetur* (1). Si tratta dunque dell' apertura illegale del testamento, cioè dinanzi ad incompetente autorità (2); non di sua conservazione, pendente la vita del testatore.

In secondo luogo l' Imp. GIUSTINIANO nel confermare il prescritto de' due nominati predecessori, colla L. XXIII dello stesso titolo, ne corresse la parte ultima, che rivolgeva la inosservanza in danno della volontà del defunto. *Nec enim concedendum est, ut suprema vota deficientium eversionis quidquam ex incongrua*

 in-

(1) *Ad Cod. tit. De testamentis, n.* 18.
(2) *Adde* GOTHOFREDUM *ad dict. l.*

insinuatione contrahant, dum res ab incongruis usurpantur audacter.

Odasi il Perezio sopra tutto ciò: *Cæterum eadem fere fuit olim observatio in aperiendis, quæ in claudendis insinuandisque tabulis testamenti, nimirum ut apud idoneum magistratum exhiberentur, cujus auctoritate admoniti signatores convenirent, et sigilla sua recognoscerent. L. 4. Quemadmodum testamenta aperiantur. Idoneus magistratus temporibus Imperatorum fuit Magister census, apud quem nisi publicanda testamenta aperirentur, irrita fiebant. L. 28, hoc tit. Idque Justinianus deinde confirmavit, ut reservarentur et aperirentur apud Magistrum census, nulla ei ob id præstita sportularum solutione, si hereditas non excederet summam centum aureorum. Displicuit tamen ei, quod dictum est, testamenta irrita fieri, si alibi aperirentur servarenturque. Jussit enim incongruam insinuationem non obesse supremis morientium voluntatibus. L. 23, h. t.* (1). Ed il Pothier nell'inserire le citate costituzioni nelle sue Pandette Giustinianee, vi notò sopra: *Insinuatio testamenti in actis publicis non pertinet ad ejus perfectionem; sed*

(1) *Ad Cod. tit. De testamentis, num. 22.*

sed ad conservationem, ut non subtrahatur, sed in tuto sit. Huc refer leges 18 *et* 23 *C. De testamentis* (1). Il diritto dunque, che ci si oppone, oltrechè riguarda un diverso punto, fu particolare per la città di Costantinopoli, ed ivi stesso corretto, son già quindici secoli.

§. V. Applicazione.

Altri modi in somma non restano per la revoca de' testamenti, che i tre dianzi additati, de' quali niuno si confà al nostro caso. Non abbiamo un secondo testamento del Marchese D. Ferdinando, nè perfetto, nè imperfetto; non abbiamo alcun suo atto di semplice rivocazione; non abbiamo nè punto, nè poco, cosa, che alteri la integrità, la chiusura e 'l perfetto stato materiale del primo ed unico suo testamento.

Ma egli (si dice) voleva farne un secondo. Sia pure così, ma nol fece; e questo caso è preveduto dal diritto. Voleva farlo, sia pure così; ma si guardò bene di toccare il già fatto; e che altro questo indica, se non che la novella volontà non era diversa nell' es-

 sen-

(1) *Qui testamenta facere possint, num. XVIII.*

senziale dall' antica, e non voleva egli porsi a rischio di morire intestato, secondochè in simil caso acconciamente riflette POMPONIO? Esser da credere, *ita demum a priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit* (1). Ma in fine ci si dica almeno, che cosa voleva mutare nel suo testamento un uomo, che aveva un sol figliuolo di tenerissima età, la moglie, e fratelli germani, i quali eran da lui stati tutti considerati nel suo testamento? E che poteva fare tutto solo col notajo, nella novità della legislazione, un ricco proprietario, il cui gran patrimonio e le cui mire avevan bisogno de'più prudenti consigli, quali già maturamente aveva presi nella disposizione già fatta? Si è detto dagli avversarj, che voleva forse togliere per conformarsi alle nuove leggi, i fedecommessi prima ordinati. Tanto meglio: avremmo ora una difficoltà di meno, e la causa presente sarebbe più brieve.

§. VI.

(1) *L. 18, D. De legat. III. Adde VINNIUM ad §. 3, Inst. Quibus modis testamenta infirmantur.*.

§. VI. Di quanto sia necessario il notajo nella formazione e nella conservazione de' testamenti.

Per dire qualche cosa in particolare della necessità del notajo ne' testamenti, se ci riportiamo al tempo, quando fu fatto il testamento in quistione, il notajo non era necessario nella formazione, nè per diritto romano, nè per antico diritto patrio. La prammatica II *De contractibus* richiedeva la intervenzione del notajo e del giudice a contratti nelle scritture, per la sola *pronta e parata esecuzione* (1). La legge odierna vuole il notajo ne' soli testamenti solenni. La conservazione per lo diritto romano non richiedeva solennità alcuna (2). E neppure il nostro antico. Il moderno, ossia il francese, permette, che il testatore ritenga o ritiri presso se il testamento mistico, riprendendolo dal notajo. Ecco quel, che ne dice il *Perfetto Notajo* del Sig. MASSÉ: » Resta » ad osservare, come non è necessario, che il testatore » depositi o lasci in deposito il suo testamento mistico » al

---

(1) *Vid. MARADEI (FRANC.) in Observat. ad Singular. PHIL. patris CLXXV, n. 4 et seqq.*

(2) *L. 2, §. 8; l. 3, D. Testamenta quemadmodum aperiantur.*

» al notajo, a cui l'ha esibito. Ei può ritirarlo o *subito*
» *dopo formato l'atto di soprascrizione*, *o più tardi.*
» In questo ultimo caso, essendone il notajo stato de-
» positario per certo tempo, è prudente cosa, che ne
» riscuota una ricevuta dal testatore, che il riprende (1).»
Ciò appunto fu praticato nel nostro caso. Il testatore volle egli conservare il suo testamento, e ne cautelò il notajo. Dell'apertura nulla dobbiamo dire, essendo ella stata fatta nel modo, che l'odierno rito prescrive.

§. VII. La sentenza, che la tutrice ottenne dal Tribunal Civile, non ha punto offeso il nostro testamento.

Ma non perdiamo più tempo in bagattelle, che sembrano messe in campo per tenerci a bada, e per distoglierci dalle parti più serie della causa; e dicasi soltanto qualche fuggitiva parola di quell' altra difficoltà di egual conio, ossia del preteso giudicato del tribunale di prima istanza, con cui fu ordinata la esecuzione del testamento, fuorchè nelle sostituzioni.

Chi dice giudicato, dice lite, dice controversie, dice parti contendenti fra loro. *Res judicata est quæ fi-*

---

(1) *Tom. I*, *pag.* 417, *Paris*, 1809.

finem accipit CONTROVERSIARUM *pronunciatione judicis* (1). *Nec omnis vox judicis judicati habet auctoritatem* (2). Ci si mostri dunque, qual fosse stata la lite, quali le controversie, quali le parti, tra cui il tribunale pronunziò. La carta esibitaci porta, che la madre e tutrice del picciolo erede, non citato alcuno, domandò a' giudici l' esecuzione del testamento, tolto quello, che si credesse disdetto dalla legge del tempo. Ma la tutrice, si ripiglia, era interessata nel testamento, perchè sostituita al figliuolo o nel tutto o nell' usofrutto almeno. La tutrice, rispondiamo, aveva anzi interesse contrario al testamento; tolto quello di mezzo, avrebbe ella, vivente il figliuolo, goduto l' usofrutto intero della opulenta eredità, e lui morto, gli sarebbe succeduta pienamente e liberamente. Fu sua lode dunque, se chiese l'esecuzione del testamento, e fu debita testimonianza, che rendè a' voleri estremi del defunto consorte. Se poi chiese insieme l' abolizione della sostituzion pupillare, fu errore comune a lei ed a moltissimi periti di

(1) *L.* 1, *D. De re judicata.*
(2) L.

di diritto; errore perdonabile nella novità, in cui allora eravamo, della legislazione francese; il quale con tutto ciò in altra persona, nelle stesse circostanze, che in quella degna matrona, sarebbe stato sospetto, perchè conducente al suo pro.

Ma il fatto della tutrice è fatto del pupillo; il fatto del pupillo è fatto del sostituto pupillare, che come erede di lui non può impugnarlo. Dunque il sostituto pupillare non può venire contra l' annullamento della sostituzion pupillare, fatto per questa via. Povero Marchesino di Ducenta, perchè è morto; ma più povero, se avesse avuto una madre dissipatrice e sciocca, come l'ebbe savia e virtuosa! Col bello argomento, che il fatto del tutore sia fatto del pupillo, avrebbe potuto senza rimedio provare la mendicità oltre la morte immatura!

La sostituzion pupillare è un gran bene pel pupillo. Giuliano credè una volta, che il sostituto pupillare dovesse pagare i debiti del padre del pupillo, ancorchè questi si fosse astenuto dalla paterna eredità. Marcello ed Ulpiano condannarono questo parere, come rilasciato, e dannoso al pupillo, perchè tendente a privarlo del sostituto. *Impugnat enim utilitatem pupil-*

pilli, chi tende a far vana la sostituzion pupillare (1). E tal sentenza GIUSTINIANO là elevò a legge. Or se il tutore non è autorizzato, fuorchè a fare il bene, non già il mal del pupillo; vedete, quanto possa reggere il suo fatto, allorchè impugni la sostituzion pupillare.

Ma passiamo a cose più gravi, cioè a leggere ed a stabilir bene ciò, che il testatore dispose.

SE-

---

(1) *L. 42, D. De adquirenda vel omitt. hereditate.*

SECONDA PARTE.

Analisi e valor legale delle disposizioni del Marchese D. Ferdinando, eccettuato quel, che riguarda il divieto supposto, e l'effetto della sua pupillare.

§. I. Serie delle disposizioni; e quistioni preliminari, che se ne cavano.

Leggiamo il testamento, e veggiamone prima il senso letterale, per poi stabilirvi di sopra il legale. D. Ferdinando Folgori, in Marzo 1801, aveva perduti molti figliuoli, ed aveva pregnante la moglie. Cominciò quindi a dire: *Poichè la mia dilettissima moglie, Marchesa D. Mariantonia Pignatelli è incinta, perciò istituisco erede universale e particolare il ventre pregnante e figlio da esso nascituro.* Suppone indi, che nascessero un maschio ed una femmina. In tal caso conferma la istituzione universale in favore del maschio, e fa particolare erede nelle doti la femmina. Suppone appresso, che nascessero due maschi, e nomina erede universale il primogenito, e particolare il secondogenito nel modo, che dice spiegare seguentemente. Suppon di poi, che nascesse una femmina sola, e la fa erede univer-

sa

sale al pari del maschio unico o primogenito. Suppone indi, che nascessero due femmine, e divide la eredità tra loro. Provveduto così a tutti gli eventi, che poteva sperare dalla gravidanza di allora della moglie, passa con queste altre parole a' parti futuri.

E nel caso, che il Signore Iddio mi concedesse più figli e figlie, sia il maschio primogenito mio erede universale e particolare come sopra, o quello, che terrà luogo di primogenito; ed istituisco i maschi secondogeniti eredi particolari nell' annuo livello di docati 1800 *per ciascuno* . . . . Ordina, che i secondogeniti nel termine di un mese dopo la sua morte, debbano accettare la sua disposizione. Ordina similmente, che il primogenito debba nello stesso termine del mese accettarla *con tutti i vincoli e pesi nella medesima apposti; altrimenti* . . . . *la eredità vada, e succeda in essa il secondogenito cogli stessi obblighi e pesi.*

Indi passa a provvedere alle femmine, secondo i varj stati, che prendessero. Nomina la moglie balia, tutrice, *et pro tempore*, curatrice del primogenito, de' secondogeniti, e delle femmine. Provvede al mantenimento di lei con ducati 6000 l' anno di appannaggio vedovile. Le fa un legato di beni mobili, con doverne l'avanzo andare a benefizio de' figliuoli, qualora se ne trovassero alla morte di lei. Proibisce all' erede il chiedere

re alla madre alcun conto dell' amministrazione, che da lei si terrebbe; indi viene a fare quest' altra ordinazione.

» E quando avvenisse il caso, che non esistessero » nè figli, nè figlie da me procreati DAL PRESENTE MA- » TRIMONIO, o che morissero *in pupillari ætate ab in-* » *testato*, istituisco detta Marchesa D. Marianna Pigna- » telli, mia dilettissima moglie, guardando però il let- » to vedovile, erede usofruttuaria di tutti i miei beni, » che per qualsivoglia titolo o ragione, a me si appar- » tengono o possono appartenere. *Dopo la morte* della » quale, *e nel caso*, che la medesima passasse a se- » conde nozze, voglio che in detta mia eredità e beni » succeda e debba succedere il mio fratello, Capitano » Signor D. Niccola Folgori ec. »

Cavansi di quì cinque quistioni preliminari. I. Sopra chi la sostituzion pupillare cada, se sul solo ventre pregnante del 1801, o su tutti i figliuoli nascituri? II. Se poteva cadere sopra i nascituri non ancor concepiti? III. Chi sia il sostituito pupillare? IV. Quali e quante sieno le sostituzioni fedecommessarie ivi ordinate? V. Quale efficacia abbian le dette sostituzioni per annullare la sostituzion pupillare. Alcuna di queste quistioni sembrerà per avventura frivolissima, bastando a risolverla la sola lettura dei trascritti luoghi.

Ma

Ma noi siamo obbligati a trattarle tutte, per occorrere ad altrettante difficoltà, che ci si fan dagli oppositori.

§. II. Risoluzione della I quistione. D. Salvadore è compreso nella istituzione e nella sostituzion pupillare.

I. Si è assunto per alcuni degli avversarj, che la istituzione non cada, se non sul ventre pregnante del tempo del fatto testamento; che la sostituzion pupillare non sia stata fatta, se non a quello; che il testè defunto D. Salvadore, non essendo egli il frutto di quella gravidanza (poichè di essa nacque una femmina, che morì, e nacque dipoi anche un'altra, che morì similmente), non sia stato nè l'erede istituito dal padre, nè quegli, cui la pupillar sostituzione fu fatta. Dunque chi così dice, o non ha letto il testamento, o spera che nol debbano leggere i signori, che ne hanno a giudicare. A rimuovere questa credenza e questa speranza, noi ne abbiamo trascritto i luoghi interi, dove son chiaramente distinti due ordini di figli nascituri. Il primo è di quelli, che il testatore sperava dal ventre pregnante di allora; e gli considera sotto tutti i possibili, che potevano aver luogo nel numero di due. Il secondo è di quelli, de' quali passa a parlare nel seguente capo, dicendo: *E qualora il Signore Iddio mi concedesse altri figli o fi-*

o figlie . . . . Questi altri gli figura in un numero indeterminato, primogenito, secondogeniti, femmine, e tanti, da non potersi sperare da un sol parto umano:

Viene in fine al capitolo della sostituzione, e colla stessa chiarezza dice, che morendo egli *senza figli e figlie dal presente matrimonio*, o morendo *questi in età pupillare*, succedessero loro la madre e 'l zio. Dunque la istituzione e la sostituzione è per tutti i nascituri da quelle nozze, non da quella gravidanza soltanto. Passiamo alla seconda quistione, la quale è tutta di diritto.

§. III. Risoluzione della II quistione. Potevasi sostituire anche a' postumi non concepiti.

II. Potevasi sostituire pupillarmente ad un figliuolo non ancor nato, e neppur concepito? La sostituzion pupillare non poteva cadere, se non sopra figliuoli in potestà, e tali, che alla morte del sostituente non ricadessero in potestà altrui, com' erano i figliuoli di primo grado, o i nipoti soggetti immediatamente all'avolo, i quali si dicevano in diritto *suoi eredi*. E la potestà bisognava avervela in due tempi, in quello cioè del fatto testamento, ed in quello della morte del testatore; testimonj il Donello ed il Vinnio, i quali confutano la opinione di coloro, che han tenuto, esser bastevole, che

che il figliuol fosse *suo* al tempo solo della morte del testatore, perchè valesse la sostituzion pupillare. Così alcùn dei dotti difensori della contraria parte.

Che che sia della opinione allegata, della quale non abbiamo bisogno occuparci; l'applicazione è contraddetta da leggi espresse, non che dall' autorità di quegli stessi, che si citano, come a noi opposti. ULPIANO dice generalmente, senza distinguere concepimento anteriore o concepimento posteriore: *Posthumis plane possumus* (*substituere pupillariter*) (1). E ne' suoi frammenti fuori del corpo del diritto si spiega colla stessa generalità: *Liberis impuberibus in potestate manentibus, tam natis, quam posthumis, heredes substituere parentes possunt duplici modo; idest aut eo, quo extraneis, ut si heredes noa extiterint liberi, substitutus heres fiat; aut proprio jure, idest si post mortem parentis heredes facti, intra pubertatem decesserint, substitutus heres fiat* (2).

Similmente GIUSTINIANO nelle *Istituzioni* parla de' postumi nel modo più ampio. *Quæcumque diximus de subsitutionte impuberum liberorum, vel heredum institu-*

(1) *L. 2, D. De vulg. et pupill.*
(2) *Tit. XXIII, §. 7.*

tutorum, vel exheredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus (1). E Teofilo nella sua greca parafrasi di quell' aureo compendio del diritto romano, allargando, come suole, lo stretto dire del testo, lo spiega così: *Ea, quæ dicta sunt de substitutione liberorum impuberum, institutorum vel exheredatorum; etiam ad posthumos trahuntur. Posthumis enim vulgariter substituere possumus hunc in modum:* Posthumus mihi heres esto; et si non fuerit, ille heres esto. *Heres autem non est, si aut non nascatur, aut natus ante patrem decedat. Possumus et pupillariter ita:* Posthumus mihi heres esto; et si heres fuerit et impubes decesserit, ille heres esto. *Sed et illud his, quæ dicimus, consequens est, ut vulgari-pupillaris (quam vocant) substitutio in posthumis procedat* (2). Nel nostro caso abbiamo appunto la vulgar-pupillare. *E quando avvenisse il caso, che non esistessero nè figli, nè figlie da me procreati dal presente matrimonio* (ecco la vulgare); *o che morissero* in pupillari ætate ab intestato (ecco la pupillare).

So-

(1) §. 4, *in fin. Inst. De pupill. subst.*

(2) *De pupill. subst.* §. 4. *Ex versione Dionysii Gothofredi.*

Sopra testi sì chiari gl' interpreti, senza distinzione di postumi, gli han trovati tutti capaci della pupillare. Antonio Goveano fra le brievi, ma dottissime sue opere, le quali feron dire al Cujacio, che se la morte immatura non avesse vietato al giureconsulto Portughese di più scrivere in diritto, si sarebbe astenuto egli di farlo (1); ci ha lasciato un egregio comento al titolo *De vulgari et pupillari substitutione*. Ivi alla legge seconda, ch'è il testo in prima recato di Ulpiano, nota: *Sed perinde posthumis substituitur, ac si in potestate essent* (2). Il Pothier sul medesimo testo: *Sufficit enim, ut si prius nati essent, in potestate testatoris nati fuissent* (3). Il Voet include questa dottrina nella stessa definizione della sostituzion pupillare; tanto ella è certa: *Pupillaris substitutio est, qua pater vel avus paternus liberis impuberibus in potestate constitutis, tempore facti testamenti, et mortis* (AUT SALTEM TEMPORE MORTIS, SI POSTHUMI AUT QUASI POSTHUMI SINT), *nec in alterius potestatem recasuris, substituit in casum, quo here-*

(1) *Gravina.*

(2) *Opera. Lugduni* 1564. *Pag.* 81.

(3) *Pandect. Justinian. De vulg. et pupill. Num. XXXIX, not. B.*

redes erunt, et intra pubertatem, vel aliud breve tempus, non longius, arbitrio testatoris definiendum morientur (1). Il DOMAT: *Si può sostituire a questo modo* (pupillarmente) *non solo ad un figliuol nato, ma benanche ad un postumo, che debba esser sotto la potestà del testatore, quando sarà nato* (2). Che più? il DONELLO dagli avversarj allegato, come antesignano della rigorosa dottrina, non ha pensato di applicarla a' postumi, de' quali anch' egli parla ne' termini i più generali. *Substituere licebit* (egli insegna) *LIBERIS SINE DISCRIMINE NASCENDI. Licebit igitur et posthumis, ac non tantum jam natis, eodem modo substituere* (3). Ed il VINNIO dove mai è, che parli diversamente?

La rigorosa dottrina del doppio tempo riguarda l' estraneo impubere, cioè quello, che di aliena famiglia al tempo del testamento, fosse stato di poi adottato dal testatore (4). BARTOLO e generalmente gli anti-

---

(1) *In Pandect tit. De vulg. et pupill. Num.* 16.

(2) *Loix civiles. Liv. IV, tit. II, sect. I, art.* 2.

(3) *Commentar. Jur. Civ. Lib. VI, cap. XXV, num. IX.*

(4) *Cit. l.* 2, *D. De vulg. In fin. principii.* Ecco-

tichi interpreti opinarono, che la sostituzion pupillare fatta a questo estraneo prima di adottarlo, valesse, purchè alla morte del testatore si ritrovasse adottato (1). In questo caso ha luogo un mutamento di famiglia o di stato; di famiglia, che succede nell'impubere estraneo di famiglia, se dopo il testamento passa dalla potestà del padre naturale in quella dell'adottivo sostituente; di stato, se di padre di famiglia, si dia il pupillo al sostituente in arrogazione. Ma qual mai simile mutamento avviene nel postumo, che appena venendo al mondo, ci viene sotto il patrio potere? Questa circostanza sembra avere accennata il POTHIER, quando disse: *Sufficit enim, ut si prius nati essent, in potestate testatoris nati fuissent*. Quindi gli stessi sostenitori della rigida dottrina de' due tempi, il GOVEANO (2), il DONELLO (3), il VOET

---

cone le parole: *Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere; si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel adrogaverit, filio præcedente.*

(1) *VINN. Princ. Inst. De pupill. Num.* 2.

(2) *Ad L.* 2; *princ. D. De vulg. et pup. Pag.* 82.

(3) *Comment. Lib. XXV, N. XII et XIII.*

Voet (1), il Pothier (2) son quegli appunto, che ci è piaciuto citare in proposito de' postumi, perchè si vegga, che non mai si avvisarono di applicarla a costoro.

E chi anche volesse a dispetto degli autori di tal dottrina il concorso de' due tempi, eziandio ne' postumi il troverebbe, cioè nel loro concepimento e nel loro nascere, ma *juxta subjectam materiam.* Il postumo vero per esempio, cioè quel, che nasce dopo morto il padre, si può dir veramente *in potestate* al tempo della morte del padre? Lo è soltanto d' un modo potenziale. E così anche al tempo della fatta sostituzione, chi nella speranza del concepimento vien riguardato dal padre, come *suo* erede, è del pari egli potenzialmente ed in certo modo in potestà del padre.

Che più? Parleremo appresso più opportunamente della famosa sostituzion pupillare fatta da Marco Coponio al figliuolo nella persona di Manio Curio; famosa per la moltiplice menzione, che ne fa Cicerone nelle sue opere, e dietro lui Quintiliano. In questo luogo ci basta notare, com' ella cadde sopra un postumo non

---

(1) *Loc. sup. cit.*

(2) *Pand. Justin. De vulg. et pup. N. XXXIX, not. D.*

non ancor concepito. *Si filius natus esset in decem mensibus, isque mortuus prius, quam in suam tutelam venisset.* Così CICERONE (1). I dieci mesi cominciavano dalla morte di Coponio; e sarebbero stati soverchi, se al tempo del suo testamento il postumo fosse stato concepito (2).

Questo è il diritto; applichiamolo al fatto. D. Salvadore Folgori non era nato, non era concepito, quando D. Ferdinando suo padre lo istituì, e gli sostituì pupillarmente. Ma prima della morte del padre ebbe egli, non solo il concepimento, ma la nascita eziandio. Quindi la dottrina testè spiegata è tanto più applicabile a lui, quanto che non fu egli un postumo vero, ma un quasi postumo, un postumo Vellejano, perchè nacque non dopo morto il padre, ma dopo fattosi il testamento dal padre. Sicchè per lui la patria potestà si è verificata, non per finzione di diritto, ma realmente; cioè vi è nato sottoposto, ed ha veduto la morte del padre nel medesimo stato.

§. IV.

(1) *Topic. Cap. X, juxt. OLIVET.*

(2) La espressione *In X mensibus proximis*, applicata al postumo, è delle XII tavole. *Si quis ei (patri) in X mensibus proximis posthumus natus escit, justus esto. Tab. IV.*

§. IV. Risoluzione della III quistione. D. Niccola è il pupillar sostituto del defunto nipote. Più gradi di sostituzion pupillare.

III. Ci è dunque una sostituzion pupillare fatta al defunto Marchesino di Ducenta; ed ella è legalmente fatta, tuttochè il pupillo non fosse ancor concepito al tempo del testamento. Ma il sostituto chi mai è? Potrebbesi quistionare di ciò, se la Marchesa, madre del pupillo, fosse a lui sopravvivuta. Ma essendo quella innanzi morta, il sostituto non è, nè puote altri essere, che l' attual Marchese suo zio. *E quando . . . . morissero (i miei figli) in pupillare età* ab intestato, *istituisco detta Marchesa D. Marianna, mia dilettissima moglie, guardando però il letto vedovile, erede usufruttuaria in tutti li miei beni . . . E dopo la morte della quale, e nel caso che la medesima passasse a seconde nozze, voglio che in detta mia eredità e beni succeda, e debba succedere il mio fratello, Capitano D. Niccola Folgori.*

Dicono gli avversarj, che quì la Marchesa fosse la pupillar sostituita, e che D. Niccola sia sostituito non al pupillo, ma bensì a lei fedecommessariamente. Di quì a poco vedremo meglio ciò, per quel, che concerne il *fedecommessariamente*. Per ora sia sostituito D. Niccola alla

alla cognata, eziandio per fedecommesso. Certo è però, che lo sia anche ed in primo luogo *per vulgarem*; e che il caso avvenuto sia quello della vulgare, essendo la Marchesa premorta al figliuolo. *Primo non habente, idest non capiente* (scrive il PEREGRINO), *capiet substitutus ex vulgari; eo autem habente, et sic post agnitum legatum, locus erit fideicommissariæ* (1). Lasciando la regola, che la fedecommessaria espressa porta seco la vulgare tacita (2); quì espressa è la vulgare. Morendo i figli in pupillare età, e dopo la morte della madre, ossia morendo anche la madre, succeda il zio. Essendosi verificate le due morti, ma quella della madre prima di quella del figliuolo, non è letterale la chiamata del zio? e non è egli per *vulgarem* chiamato dopo la madre, poichè la madre non ha potuto essere erede? Se le leggi non si fossero cambiate, ci sarebbe in ciò alcun dubbio? No certamente. Dunque il senso delle parole del testatore è chiaro; sarà da vedersi appresso, se debbano elle valere; ma la quistione in questo momento è di sola volontà, non della sua efficacia. D. Niccola dunque è il secondo sostituto del pupillo *per vulgarem*; è un

---

(1) *De Fideicommissis*, *Art. XXXIV*, *N.* 6.
(2) *Ibid. Num.* 2, 3, 4.

è un sostituto pupillare sotto la condizione della premorienza della madre, oltre la condizione prima ed insita della morte del pupillo in età pupillare. Anzi la condizione è triplice. La prima in ordine d'importanza, e fondamentale ed insita, si è, che il figliuolo morisse in età pupillare. La seconda, che la madre premorisse al pupillo; la terza, che si rimaritasse. Delle tre la prima è intrinseca, le due sono estrinseche; e di queste bastava, che una se ne cumulasse colla prima.

Che si possan fare più gradi di sostituti pupillari, il secondo in mancanza del primo, il terzo in mancanza del secondo, è fuor d' ogni dubbio. *Quo gradu heres liberis substituatur, nihil interest*, scrisse POMPONIO, parlando pe' sostituti pupillari (1). E il POTHIER: *Potest quis vel unum, vel plures substitutionis pupillaris gradus facere* (2). I più gradi sono appunto *per vulgarem*, perchè se al sostituto pupillare si sostituisca soltanto fedecommessariamente, il sostituito per questo modo non sarà mai il successore immediato del pupillo; e quindi non vi saranno più gradi di sostituzion pupillare.

Sembra, che il nostro caso, al modo come ora il ravvisiamo, sia contenuto in termini terminanti nella legge

---

(1) *L. 2, D. De vulg. et pup.*
(2) *Pand. Justin. Tit. De vulg. Num. XXXV.*

ge 34, §. 1, del nostro titolo nelle Pandette. *Si quis* (dice Giuliano), *cum filios duos haberet, Cajum puberem, Lucium impuberem, ita filium (scilicet puberem) substituisset: Si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Cajus filius heres erit, tunc Sejus heres esto. Nam ita prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda*. Quì all' impubere Lucio era sostituito il pubere Gajo, figliuoli ambi; ed a Gajo l'estraneo Sejo, sotto la doppia condizione, che l'impubere morisse tale, e che Gajo non fosse erede. Simile è la doppia condizione del nostro caso, considerando la madre per prima sostituita pupillare. Per D. Niccola si dovean verificare due cose, che l' impubere fosse morto impubere, e che la madre non fosse succeduta. *Prudentes ita interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda.* Si attende la morte dell' impubere; se il primo sostituito non succede egli, succede il secondo. Il secondo dunque viene all'eredità pupillare, ma in secondo grado *et per vulgarem.*

§. V. Preliminari da servire alla IV ed alla V quistione. Controversia sul senso dell'art. 896 C. C. circa l'annullamento, che dalla sostituzione si tira alla istituzione.

IV e V. Restano le quistioni quarta e quinta, che congiugneremo per la somma connessione, che tra loro hanno. Ma dobbiamo loro premettere alcune idee preliminari, donde dipende la lor risoluzione, circa la efficacia delle sostituzioni ad annullare le istituzioni.

Il famoso articolo 896 del Cod. Civile dice così: *Le sostituzioni sono proibite. Ogni disposizione, con cui il donatario, l'erede instituito o il legatario sarà gravato di conservare e di restituire ad un terzo, sarà nulla, anche per rispetto al donatario, allo erede instituito o al legatario.* La nullità fulminata contra la sostituzione si comunica ella o no anche alla donazione, alla istituzione, al legato?

Questa quistione (scrive il Sig. Chabot de l'Allier) » ha divisi i più gravi giureconsulti; ed è stata » diversamente giudicata in molti tribunali dell'impero. » Il Tribunale Civile e la Corte di Appello di Parigi » han deciso conformemente, addì 17 del piovoso ed » a' 7 del termidoro dell'anno XII, per riguardo ad » un legato universale, fatto con gravame di sostitu- » zione fedecommessaria, nel testamento della Sig. Frion » de

» de la Tour, de' 16 del ventoso dell' anno IX, cioè
» che la nullità della sostituzione non operi la nullità del
» legato. Il contrario è stato deciso dalla Corte di Ap-
» pello di Bruxelles, addì 26 di aprile 1806; dalla Cor-
» te di Appello di Agen, addì 30 dello stesso mese;
» e da un arresto solenne della sezion civile della Cor-
» te di Cassazione, pronunziato, *consultis classibus*,
» addì 18 di Gennajo 1808.

» Nondimeno *la controversia prosiegue ancora*. E
» come la quistione abbraccia non solo le disposizioni
» fatte sotto l' imperio del Codice, ma le aperte altresì
» dopo la sua pubblicazione; *ed infine com' ella offre*
» *realmente delle gravi difficoltà*, noi sporremo i mo-
» tivi delle due opposte opinioni ». Così l' abile giure-
consulto.

I motivi della rigida sentenza si riducono a questi. La legge conterrebbe un pleonasmo, se le parole, *anche per rispetto al donatario, all' erede istituito, al legatario*, non includessero la nullità eziandio della donazione, della istituzione e del legato, ossia della disposizion principale. Più. La legge col toglier la roba anche al donatario, all' erede istituito, al legatario, ha potuto voler togliere loro le occasioni da metter la lor coscienza o il loro onore a tortura, e da secondare la proscritta volontà del disponente. Infine se il disponen-

 te

te ha voluto dare col peso di restituire, è da presumere, che non abbia voluto farlo senza tal peso.

Questo ultimo motivo è al tutto inconcludente. Dunque perchè la volontà di un disponente non può tutta essere eseguita, dovrà tutta essere annullata? Perchè il primo contemplato non raccoglie tutta la liberalità del disponente, dovrà perderne ogni parte? Perchè gli si dà in certo modo un socio, nella persona contemplata dopo lui, verrà egli posposto all' erede legittimo, ossia a chi punto non è stato contemplato? A fronte all' erede legittimo il prediletto è sempre il testamentario.

Il secondo motivo è più specioso, che solido. Volesse il cielo, che noi fossimo in tempi, in cui la fede e il pudore avessero tanto imperio ne' petti umani, da farci prevalere un semplice altrui desiderio ad un nostro interesse presente e sicuro; e non solo sicuro, ma diremo anche lecito e non riprovato! poichè generalmente parlando, in fatto di mio e di tuo, il lecito è quello, che si determina dalla legge civile. Oltrechè l' argomento pruova troppo. Quando fosse sì dilicata la fede del comune degli uomini, ci vorrebbe lo scritto per far seguire una restituzione fedecommessaria? e non basterebbe depositarne il precetto nel cuore del congiunto e dell' amico? Perchè *nemo invitus cogebatur ad præstandum*

dum id, de quo rogatus erat, perciò AUGUSTO cominciò a fare obbligatorj i fedecommessi (1). Ma quando anche collo scritto *nemo cogitur invitus*, val tanto lo scritto, quanto la voce.

Ma venghiamo al primo motivo, ch'è il più generalmente ripetuto, ossia al sì temuto pleonasmo della legge. Sia egli pure un difetto, ma non è un maggior difetto la irragionevolezza della legge? Or la legge sarebbe irragionevole, ponendosi in contraddizione col principio non meno di ragion naturale, che di diritto positivo, *utile per inutile non vitiatur*. Il pleonasmo nelle leggi è un difetto; ma non è difetto maggiore la ingiustizia? Or la legge sarebbe ingiusta, punendo il disponente, che la trasgredisce, sull' innocente, a cui la disposizione è diretta. Oltrechè non si è preteso anche far cadere la distruttiva interpretazione su' testamenti fatti avanti il Codice Civile? E qual era la colpa degli stessi disponenti, i quali avevano ordinata la sostituzione, quando non era proibita? spezialmente se gravi ostacoli avessero loro impedito di rifare i lor testamenti? Il pleonasmo è un difetto, ma non lo è maggiormente una durezza inutile e fatua? Or se la legge col-

(1) §. 1 *Inst. De fideicommiss. hereditatibus.*

la nullità delle sostituzioni ottiene tutto il suo intento, la nullità della disposizion principale è inutile; ed è altresì fatua, perchè il soverchio rigore è uno stimolo a deluder la legge nella parte veramente vietata, per non far cadere con essa la parte permessa.

Ma stringiamo più dappresso la cosa. Chiudansi gli occhi su tutti i difetti della viziosa interpretazione; ed ammettiamola pure, se non sia in contraddizione del tenor letterale della legge. Questa sola condizione ci si faccia buona. *Ogni disposizione, colla quale il donatario, lo erede instituito o il legatario sarà gravato di conservare e di restituire ad un terzo, è nulla.* Or noi domandiamo, qual sia il nome tecnico e legale di siffatta disposizione? Per non darlo noi, odansi le nostre Leggi Civili, all'articolo 941. *Qualunque disposizione, colla quale il donatario, lo erede instituito o il legatario è gravato, con qualsivoglia espressione, di conservare e restituire ad una terza persona, sarà detta* SOSTITUZIONE FEDECOMMESSARIA. Dunque la sola sostituzione fedecommessaria è annullata. Come dunque la nullità si trasporta anche alla istituzione, al legato, alla donazione? Non è ciò un porsi in contraddizione coll' articolo stesso 896? Non è un confondere la instituzione colla sostituzione, cose opposte tra loro? Non è distruggere il tenor letterale dell' articolo 896?

La

La quistione ravvisata sotto questo aspetto, si riduce a vedere, se vaglia meglio avere una legge con cinque parole di più, che averla contraria a' principj più equi del diritto, ingiusta inutilmente, e fatuamente rigorosa, contraddittoria infine seco medesima, e col suo tenor letterale. Più. Si riduce a vedere, se si possa indurre una nullità non solo senza la espressa sanzione della legge, ma contra il tenor letterale di essa, e contra tutti i principj del conveniente e del giusto. Aggiugnesi a tutto ciò, che nella storia della formazione dello articolo 896 nulla ci si dice di sì truce intenzione dei suoi autori; e certamente sarebbe ella stata il suggetto della più grave discussione.

§. VI. Casi, ne' quali la dura interpretazione è rigettata evidentemente dallo stesso Cod. Civ.

La confutata dottrina, che chiameremo non già assurda, in grazia di coloro, che l'han professata, ma certamente esorbitante, aveva ed ha tuttora, presso quei, che la sostengono, un limite ed un indiretto temperamento.

Il limite è questo. L' articol seguente 897 dice: *Sono eccettuate da' due primi paragrafi dell'articol precedente le disposizioni permesse a' padri ed alle madri,*

 a' fra-

a' fratelli ed alle sorelle, *nel capitolo* VI *del presente titolo*. Le cennate disposizioni sono negli articoli 1048 e 1049. La prima: *I beni*, *di cui i padri e le madri han la facoltà di disporre*, *potranno da loro esser dati in tutto o in parte*, *ad uno o a più figliuoli*, *con atti tra vivi o testamentarj*, *col peso di restituirgli a' figliuoli nati e da nascere*, *al primo grado soltanto*, *da essi donatarj*. La seconda: *Sarà valida*, *in caso di morte senza figliuoli*, *la disposizione*, *che il defunto avrà fatta con atto tra vivi o testamentario*, *in pro di uno o più de' suoi fratelli o sorelle*, *di tutti o di alcuni beni non riserbati dalla legge nella sua successione*, *col peso di restituirgli a' figliuoli nati e da nascere*, *al primo grado soltanto*, *da essi fratelli o sorelle donatarie*. Siegue l'art. 1050, che distingue nettamente i casi comuni da quelli de' due anzidetti articoli. *Le disposizioni permesse da' due precedenti articoli saranno valide*, *in quanto il peso della restituzione sarà a beneficio di tutti i figliuoli nati e da nascere dal gravato*, *senza eccezione*, *nè preferenza di età e di sesso*. In questo articolo non ci è pleonasmo, non superfluità, tutto è netto. La minaccia è quì contra le sole disposizioni non permesse da' due articoli precedenti; e neppure è diretta, dovendosi ricavarla *ex contrario sensu*. Or quali sono le disposizioni permesse negli articoli 1048 e 1049?

Forse

Forse il dare ai figliuoli? Forse il dare a'fratelli ed alle sorelle? Sarebbe ridicola l'affermativa. Tal permissione viene altronde . Dunque il solo sostituire a loro è quel, che si permette negli anzidetti articoli. Dunque il solo sostituire a loro, che si faccia fuori de'cancelli dei detti articoli, è nullo; non già il donare e l'istituire.

Noi non ignoriamo, che una decisione della Cassazione di Parigi abbia involto nella stessa pena la trasgressione dell' articolo 896 e quella dell'articolo 1049; e rispettiamo sempre un'autorità di tanto peso, quanto è quella della corte conservatrice del diritto francese. Ma poichè niuna autorità è da tanto, *ut optimas leges vincat vel rationem*, come COSTANTINO diceva della consuetudine, la cui forza è certamente maggiore d'un esempio qualunque; noi senza derogare alla deferenza dovuta alle grandi autorità, diremo francamente, che la decisione allegata contiene un error manifesto.

Considerando (vi si dice) *che giusta l'ultimo articolo* (il 1049), *la disposizione a favore di un fratello, colla condizion di dare, non è valida, fuor solamente quando la disposizione sia fatta a profitto dei soli figliuoli del donatario*, *art.* 1050 (1). Ma l'art. 1050

 non

(1) *Decis. de'* 27 *Giugno* 1811 *presso* SIREY, *Tom. XI, Parte I, pag.* 318.

non dice già, che *la disposizione a favore del fratello* o del figliuolo ecc. non sia valida. Dice, *che le disposizioni permesse ne' due precedenti articoli* 1048 *e* 1049 non saran valide, se non ne' termini degli stessi articoli. Or tutto consiste nel definire quel, che *permettano* i luoghi allegati; e questo non è certamente il *dare* al figliuolo o al fratello, ma il *sostituire* ad essi. Dunque la decisione accennata confonde due atti tra loro distinti e diversi, contra il senso chiaro e letterale della legge. Esempio questo acconcissimo della facilità di abusare di ogni nuova cosa, comunque buona. Sembra, che ogni novità stia dappresso alla lubricità di un pendío, per lo quale è facilissimo agli spiriti sdrucciolare. La legge minacciò di nullità le sostituzioni; poche parole insignificanti furon tosto ritorte ad un senso viziosissimo, che comunicò la nullità anche alla istituzione. Venne una eccezione al divieto, e i termini netti della eccezione non bastarono ad arrestare il progresso della viziosa interpretazione, che non sia giunto una volta ad invadere anche dove le parole, che le aveano data occasione, non si truovano punto.

Non solo la lettera del testo è chiara, ma concorre con essa una chiara particolar ragione. Fate, che la istituzione del figliuolo, del fratello, della sorella, sia del pari nulla, che la sostituzione ad essi fatta; di

chi saranno i beni, se l'erede legittimo è lo stesso figliuolo, lo stesso fratello, la stessa sorella? Nel caso di un figliuolo, di un fratello, di una sorella unica, la cosa esibisce l'assurdo in tutta la sua estensione. Che si farebbe in tal caso? Spogliare il figliuolo, la sorella, il fratello? Ma lasciamo la stravaganza di tal partito, bisognerebbe trovar nella legge chi dovesse raccogliere in loro vece i beni così tolti; dovrebbesi alterare anche la successione legittima. E come farlo nel silenzio della legge? Il dovergli lasciar loro ad onta del voto, se fosse contrario, della legge stessa, farebbe imperfetta la legge, anzi inettissima. Dunque il senso necessario degli articoli 1048, 1049, 1050, restringe la nullità alla sola sostituzione. In essi è un limite naturale alla esorbitante interpretazione dell' articolo 896.

§. VII. Temperamento della dura interpretazione, insegnato e praticato da quegli stessi, che la professano.

Il temperamento è nella dottrina oggi comune in Francia; dottrina di quegli stessi, che professano la dura opinione, e temperamento introdotto appunto, come compenso a quella durezza. Consiste egli nel doversi interpretare le disposizioni in modo, che allontanino, quanto più si possa, la sostituzion fedecommessaria, an-

ancorchè sforzatamente, ed a rischio di peccare contra la verisimilitudine e le presunzioni ordinarie. Questo rimedio porge un nuovo argomento contra la dura opinione, come quella, che per esser corretta obbliga ad una correzione per se irregolare. È un veleno, che vuolsi correggere con un altro veleno.

Udiamo, che ne insegni su questo punto il MERLIN, quel MERLIN, sia detto con buona pace di un tanto uomo, ch' è stato il sostenitore più caldo della dura interpretazione. In una sua dotta requisitoria egli dimostra felicemente, come suole, che sotto l'imperio del Codice Civile, altrimenti si dee giudicare della esistenza di un fedecommesso, che sotto il diritto romano, e ne dice il perchè. Dopo spiegate alcune clausole, che per diritto antico importerebbero fedecommesso, ripiglia: » Ma queste ragioni hanno elle mai, » o possono avere tra noi quel peso stesso, che avevano nel diritto romano? O non sono anzi oggidì *neutralizzate* per quel gran principio, somministratoci » dallo stesso diritto romano, che nel dubbio sul senso di una clausola, la interpretazione, che tende a » far valido l' atto, che la contiene, debba esser preferita alla interpretazione, che tendesse a farlo annullare? *Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo*

» *res*,

» *res, qua de agitur, magis valeat, quam pereat. L.*
» 12, *D. De rebus dubiis.* Qual' è in fatti la conse-
» guenza di questo principio applicato alla clausola, di
» cui si tratta nella nostra specie? Ei ne deriva, che
» tal clausola, appunto perchè ambigua, debba essere
» interpretata in un senso, che non partorisca una so-
» stituzione, perchè la sostituzione vizierebbe la istitu-
» zion dell' erede. In verità, interpretandosi così questa
» clausola, si rende al tutto illusoria. Ma a fronte al-
» la regola, che vuole, *doversi nel dubbio riputare, che*
» *nulla in un testamento sia inutilmente scritto,* ce ne
» ha un' altra, che dice, *doversi nel dubbio riputare,*
» *che un testatore non abbia voluto far quel, che*
» *la legge gli proibiva, e molto meno quello, che si*
» *tirasse dietro l' annullamento della sua disposizion*
» *principale.* Or nel conflitto di queste due regole, la
» prima dee cedere alla seconda, la seconda dee pre-
» valere alla prima (1). » Il lodato giureconsulto ha
rinnovato lo stesso insegnamento nelle recenti addizioni
alle sue opere (2). B 7 La

(1) *Repertoire — Substitution fideicommissaire, Sect. VIII, num. VII.*

(2) Si veggano le *Quistioni di diritto*, nel tomo VI, ch' è tutto di addizioni. *Pag.* 754-756, *Parigi*, 1820.

La stessa dottrina professano il Signor GRENIER (1) e il signor TOULLIER (2). La stessa è insegnata da un accurato trattator recentissimo *delle sostituzioni proibite*, il Signor VILLARGUES, col quale chiudiamo la catena delle autorità su questo punto, perchè si vegga la costanza di tal dottrina. Il medesimo dopo espostala più a lungo, conchiude: » Se dunque è oscurità nella dis-
» posizione, in cui si pretende contenersi una sostitu-
» zione, vuolsi preferire il senso, che tenda a far va-
» lere la disposizione, più tosto, che quello, il quale
» tenda ad annullarla. Noi già l'abbiam detto nel nu-
» mero precedente, il che è conforme al principio, che
» abbiamo citato ivi. Ci ha benanche un altro principio
» perfettamente quì applicabile; ed è, che nella oscu-
» rità delle disposizioni, bisogna restringerle il più che
» sia possibile. *Semper in obscuris, quod minimum*
» *est, sequimur* (*L.* 9, *D. De regul. juris*). Di quì
» è, che non si debbe ammettere sostituzione, fuor
» solamente quando le diverse condizioni, che la ca-
» ratterizzano, come il peso di restituire alla morte
» del

(1) *Des donations et des testamens, tom. I, pag.* 113.

(2) *Droit civil français, tom. V, pag.* 62.

» del gravato , non sieno per così dire *letteralmente* e-
» spresse nell' atto , o non ne derivino per *necessaria*
» conseguenza. Laonde sempre, che si potrà (senza of-
» fendere i principj) attribuire all' atto un senso diffe-
» rente , un senso , mediante il quale le disposizioni
» del testatore conservino il loro effetto , un effetto più
» o meno esteso ; questa è la interpretazione , che bi-
» sognerà ammettere (1). » Questa medesima interpre-
tazione è la praticata da *tutti i tribunali* (2).

Di quì è , che la *sostituzione compendiosa* , cioè
quella , che abbraccia implicitamente nel tempo stesso
una *diretta* ed una *fedecommessaria* , si risolve in *vol-
gare* , ossia in *diretta* (3). Quindi laddove anticamente,
le parole , *Io sostituisco il tale al mio erede* (4) ; *Io
metto in suo luogo il tale* (5) ; *Io chiamo il tale* (6);
Io voglio , che i miei beni passino , pervengano al ta-

 le

---

(1) *Des substitutions prohibées. Pag.* 127 , *num.*
86. *Paris* 1820.

(2) Ivi , pag. 128.

(3) Il lodato autore , nel capitolo XI , per intero.

(4) Ivi , pag. 220 , *n.* 163.

(5) Ivi , pag. 223 , *n.* 165.

(6) Pag. 224 , *n.* 166.

le (1) *ecc.* valevano per sostituzione volgare e per fedecommessaria, oggidì si hanno ad intendere per la sola volgare. *Egli basta, che le dette parole* POSSANO *essere ristrette alla volgare, per dovere essere così intese oggidì* (2). Così similmente, ove si sia detto: *Io istituisco erede il tale, e in caso di morte gli sostituisco il tal altro.* Questa formola, comprendendo del pari così la morte dell' erede *ante aditam hereditatem*, come *post aditam hereditatem*, convien risolverla nel senso del primo caso, ossia in volgare (3). Che più? Lo stesso, *Quandocumque decesserit*, che sembra abbracciare letteralmente i due tempi, si risolve oggidì in semplice vulgare (4). A buon conto, laddove la inutile sostituzione, secondo la opinione esiziale, vizia la utile istituzione; nella stessa dottrina la sostituzione inutile cede il suo luogo alla sostituzione utile; ed in questi casi abbiamo l'asta di Achille, che ferisce e risana.

Egli

(1) Pag. 224, n. 166.
(2) Pag. 222, 223, 224.
(3) Num. 168, pag. 224 e 226.
(4) Num. 174, pag. 233.

Egli è ben noto, quanto i lasciti sotto nome di usofrutto ondeggino tra la proprietà gravata di restituzione, secondo i casi testuali di più leggi (1), e l'usofrutto proprio e vero; donde è nata nel foro la distinzione tra usofrutto *causale* e *formale*. A'nostri dì, dopo l'abolizione degli antichi fedecommessi, le quistioni di tal fatta, dianzi ordinariamente inutili ed oziose, si sono rendute necessarie e quotidiane, per determinarsi, a benefizio di chi la proprietà vincolata si fosse sciolta. Ed a questo fine si sono e vanno decise colle strette regole del diritto antico, tanto richiedendo il non dover togliere ad alcuno il suo per darlo ad altrui. Ma sotto un altro riguardo, cioè sotto quello del rischio, che dalla sostituzione ridonda alla istituzione, la bisogna va tutta diversamente.

Quindi ne'casi così figurati: *Io lego a Pietro l'usofrutto di tal cosa, e* DOPO SUA MORTE *ne lego la proprietà a Paolo: Io lego a Pietro la tal cosa, perchè ne goda e ne disponga in usofrutto, sua vita durante; e* DOPO SUA MORTE *voglio, che la stessa cosa ap-*

 par-

(1) *L.* 15, *D. De auro et argento legato*; *L.* 12, *De usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur*; *L.* 32, *D. De usufructu.*

partenga in piena proprietà a Paolo ; quali che si fossero le decisioni antiche, quando non si trattava del pericolo della istituzione e del legato ; vuolsi ora decidere per lo formale usofrutto, allontanando così la idea della fedecommessaria sostituzione. Per trovare il fedecommesso ne' casi cennati (scrive il lodato Signor Villargues) era d'uopo ricorrere alle conghietture; metodo buono, quando si trattava di favorire la volontà de'testatori. Ma tal metodo diventerebbe cattivo, poichè *la distruggerebbe, l'annienterebbe, se venisse ammesso sotto il Codice Civile* (1). Questo stesso è insegnato dai Signori Grenier (2) e Toullier (3).

Gli stessi principj in ordine al doversi scrupolosamente schivare il senso inducente fedecommesso, si veggono adottati dalla nostra G. Corte Civile di Napoli, nella I camera, in una dotta decisione de' 18 di settembre 1818, tra Campobasso e Campobasso; quando cioè la nostra legislazione e la nostra giurisprudenza, sebbene interinamente, eran tutte francesi.

§. VIII.

(1) Pag. 319. Veggasi l'intero capitolo XV, da pag. 303; spezialmente le pag. 311, 314 ec.

(2) Tom. II, pag. 128.

(3) Tom. V, pag. 61.

§. VIII. Dichiarazione delle Leggi Civili, che sbandisce la cattiva interpretazione dell' art. 896 del Cod. Civ.

In questi termini eran le cose, allorchè verso la fine del 1819, venne pubblicato il *Codice del regno delle due Sicilie*. La interpretazione dell' art. 896 formava tuttavia in Francia un diritto controverso, e *la quistione durava ancora*, come si è veduto, per le grandi ragioni, che pugnavano contra le grandi autorità. I tribunali si eran piegati verso la più dura sentenza, ma gli spiriti ragionatori non aveano ancora abbandonata la lizza. I partigiani dell'opinione, non che rigorosa, ma esorbitante e truce, avevan sentito il bisogno di rimediare alla loro giurisprudenza a spese sovente della buona logica. In tale ondeggiamento apparvero le lodate Leggi Civili, senza cui la gran lite penderebbe ancora. Elle la decisero con due articoli, indirettamente coll'uno, direttamente coll' altro. Col primo, 941, determinarono il nome della cosa proscritta nell' articolo 896 del passato Codice Civile. *Qualunque disposizione, colla quale il donatario, l'erede instituito o il legatario è gravato, con qualsivoglia espressione, di conservare e restituire ad una terza persona, sarà detta sostituzione fedecommessaria*. Dunque la sola sostituzione è annullata nel

 Co-

Codice Civile. Vien l'altro articolo 943, che parimente è tutto declaratorio, e che altro fine non ha, fuorchè proscrivere la interpretazion viziosa dell' abolito Codice Civile; poichè sulle nuove Leggi Civili tale interpretazione non si poteva temere, mancando nell'articolo 942, che corrisponde all'896 del precedente Codice, il pleonasmo abborrito. L'articolo dunque 947 dice: *La nullità della sostituzione fedecommessaria non recherà alcun pregiudizio alla validità della donazione, della istituzione, o del legato, cui è aggiunta.* Grazie agli autori di questa dichiarazione, ed alla provvidenza del Re Signor nostro, che l' ha sanzionata! Non più sentiremo, ne' nostri tribunali, agitare una quistione, che facea fremere l'equità e il buon senso; dietro esempj stranieri, che tenevano ancora di quel torbido e di quel procelloso, che nelle tempeste civili, siccome in quelle de' mari, resta per alcun tempo dopo cessato il furore.

Queste sono le idee preliminari, che dovevamo premettere alla disamina della quarta e della quinta quistione. Discendiamo all' applicazione.

§. IX.

§. IX. Risoluzione delle quistioni IV e V. Tre supposte sostituzioni fedecommessarie del testamento di D.Ferdinando. Si esclude la prima.

Pretendesi, che tre sieno le sostituzioni fedecommessarie comprese nel testamento di D. Ferdinando Folgori. La prima si dice fatta al pupillo unitamente alla pupillare; e credesi di trovarla compendiosamente nelle parole, *E morendo in età pupillare ab intestato*; fra le quali si presume ad ogni conto poter ficcare un O, per leggere *in aetate pupillari*, O *ab intestato*. Questa compendiosa, dicono, è della madre al figliuolo. La seconda è unicamente fedecommessaria di D. Niccola Folgori alla Marchesa sua cognata. La terza è de'figliuoli e discendenti di D. Niccola allo stesso D. Niccola.

1. Per la prima una picciola curiosità è la nostra; con qual privilegio cioè i nostri contraddittori rifacciano ad altrui i lor testamenti? Poichè quell'O il testatore non ve lo ha certo posto egli. Nè doveva porvelo, non essendo cose disgiunte o tra loro opposte il morire in età pupillare e il morire intestato. Anzi sono congiuntissime e sì connesse tra loro, da non potersi separare, come la cagion necessaria e l'effetto; essendo effetto della età immatura il non poter testare. Talchè sembra anzi chiaro, che con quella giunta (senza trovare in essa un pleonasmo

nasmo vizioso, che non sarebbe gran fatto in una scrittura o notariale o forense) abbia voluto il testatore accennare il motivo legale della pupillare; cioè perchè il pupillo non può fare il suo testamento a se stesso. Se il testatore avesse aggiunto all' *ab intestato*, come in tanti testamenti si legge, il *post quandocumque*; or si, che in questo caso l'alternativa vi si richiederebbe a disgiungere i due tempi diversi; e sarebbe lecito aggiugnerla, perchè il senso non potrebbe correr senz'essa. Questo è il caso del necessario supplimento, giustamente permesso dalle regole legali; ma tutto alieno dal caso nostro, come ne sono aliene le leggi, che si citano per sostenere l'audace interpolazione.

Ci sia lecita un'altra picciola curiosità, cioè se il supplire, come è permesso per rettificare il senso vizioso o insignificante, e per salvar l'atto, *ut actus potius valeat*; sia del pari lecito per guastare il senso, e per distrugger l'atto, *ut actus pereat?*

Se a queste due naturalissime curiosità non ci si risponda adeguatamente, avremo diritto a conchiudere, che la detta interpolazione è di quello stesso conio, che la mutilazione testè fattaci d'un quarto del testamento, per sopprimer la istituzione di tutti i nascituri figliuoli del defunto, colla sostituzion pupillare lor fatta; e che la trasformazione tentata un poco più prima di Napoli del se-

secol XIX in Costantinopoli del IV e del V, per applicarci una costituzion locale di ARCADIO e TEODOSIO, corretta sin da GIUSTINIANO, e mandare per tal via in aria il testamento intero. Attendendo dunque, che si giustifichi meglio la variante, stiamo alla lezione unica, che per ora abbiamo; secondo cui la prima sostituzione è semplice, non compendiosa, ed è pupillare.

§. X. Escludesi la seconda pretesa fedecommessaria.

2. L'altra fedecommessaria si pretende essere del cognato alla cognata. La Marchesa (dicesi) fu la pupillare sostituita; *Dopo la morte della quale, e nel caso che la medesima passasse a seconde nozze..... succeda* (scrisse il testatore) *e debba succedere il mio fratello, Capitano Sig. D. Niccola Folgori*. Questa clausola offre due sensi ambi innocenti, de' quali rimettiamo la scelta nell' arbitrio degli oppositori; l' uno della separazione dell' usofrutto dalla proprietà, usofrutto alla Marchesa, proprietà a D. Niccola; l'altro della sostituzione del cognato alla cognata. E poichè da loro si è scelto il secondo, seguiamogli.

Sia stata la madre sostuita ella pupillarmente al figliuolo; e *sostituito a lei* il cognato, nel doppio caso e della morte di lei, e del passaggio a novel matrimonio.

nio. Morte e secondo matrimonio potevano avvenire, e vivente e morto il pupillo. Avvenendo questi due casi in vita del pupillo, non era la madre, che succedeva, ma il zio; e i detti casi diventavan materia di sostituzione vulgare; ch' è la verificata nella presente ipotesi, poichè la madre ha preceduto nel morire il figliuolo. Or per le cose dianzi dette, dove la fedecommessaria non sia espressa, si dee la sostituzione spiegar per vulgare. E questa era anche regola antica. *In dubio illa facienda substitutionis interpretatio, ut magis directa (sive vulgaris), quam fideicommissaria intelligatur, cum heres in obscuris quam minime gravandus sit; et minus per directam, facilius evanescentem, quam per fideicommissariam gravetur* (1).

Or se questo per l' antica giurisprudenza, molto più per la odierna, che restrigne la compendiosa alla vulgare, affine di salvar l'atto. Dunque sia stato D. Niccola sostituito alla Marchesa; la sostituzione è da intendersi per la sola vulgare, qualora cioè la Marchesa o fosse morta o si fosse rimaritata, avanti la morte del figliuolo.

Ma

---

(1) *Voet In Pand. De vulg. et pup. Num.* 3. *Adde Manticam, De conject. ultim. volunt. Lib. V, tit. I, n.* 3 *et seq.*

Ma come poteva avvenire (vogliam farci noi stessi una difficoltà), che fosse la Marchesa molestata dal cognato, prima della morte del figliuolo? nel qual caso il testatore sostituisce alla Marchesa non più D. Niccola, ma i figliuoli di D. Niccola. Il caso della vulgare era doppio, se morisse cioè la Marchesa avanti il figliuolo, siccome avvenne, o se in vita di lui si rimaritasse. Seguendo questo caso, che non seguì, avrebbe anche dopo morto il pupillo, potuto D. Niccola Folgori chiamar la Marchesa a rendergli conto dell' amministrazione passata; il che dal marito si pensò d'impedire. Ed ecco sotto tutti i riguardi svanita quella necessità di fedecommessaria sostituzione, colla quale ci si combatte la pupillare. E svanita non solo colle regole sanatorie di oggidì, ma eziandio colle antiche.

Ma il testatore (si ripiglia), ha chiamato il fratello a succedere ne' *beni suoi*, cioè di esso testatore, non del pupillo. Dunque la sostituzione è fedecommessaria, non pupillare. Neghiamo la conseguenza. Anche la moglie è chiamata a succedere ne' *beni suoi*; e non si niega la sostituzion pupillare della moglie. Le parole si debbon prendere nel senso. che corrisponde al contesto. Il testatore ha riguardati, come *suoi*, i beni del pupillo, perchè in quel momento eran veramente suoi, e perchè il figliuolo da lui ripeteva tutto il suo patrimo-

monio. Per una espressione al più ambigua, distruggeremo una ordinazione chiarissima, qual è la pupillare nel nostro caso?

§. XI. Inefficacia della terza fedecommessaria.

3. Ci resta a considerare la terza oppostaci sostituzione, ch'è quella della discendenza di D. Niccola, e de' suoi fratelli e lor discendenti, allo stesso D. Niccola, per modo di primogenitura. Questa sostituzione è vera; ma essendo di quelle, che si riferiscono agli articoli 1048 e 1049, perchè fatta da un fratello a carico dell' altro fratello, se non è a seconda delle condizioni e de' limiti ivi stabiliti, sarà nulla, come lo è, ma la sua nullità non si comunica ad altra disposizione. Potrebbesi anche dire, che si tratti di un majorasco, il quale è letteralmente escluso dall' art. 896 del Cod. Civile, come ivi si legge.

Ecco dunque ridotte al senso innocente le tre pretese sostituzioni, giusta il testo dello stesso Codice Civile, e giusta la dottrina più comune in Francia, senza curare la interpretazione di sopra da noi combattuta più in grazia del vero, che del nostro bisogno. E più senza prevalerci neppure della dichiarazione delle nostre attuali Leggi Civili, la qual basterebbe sola a di-

dileguare ogni dubbio, in ogni causa di questa spezie non ancor giudicata. Noi abbiamo voluto poter dire a' nostri avversarj: *Abbiatevi pure per vera la sinistra interpretazione, ella non ci offende. Figuratevi pure, che disputassimo prima delle novelle Leggi Civili, il loro soccorso è fuori del nostro bisogno.* Ma niuno potrà negare, che dopo la loro dichiarazione sia veramente una superfluità il disputare di ciò, ch' elle hanno sì pienamente dilucidato, ancorchè si tratti di testamento fatto ed aperto prima di loro. Se la erronea interpretazione fu da tanto, da poter distruggere testamenti fatti prima della nuova legge male interpretata; non valerà almeno del pari la legge novissima a salvare le disposizioni antiche, che per avventura sfuggirono nel tempo medio un giudicato esiziale? Non potrà la forza di questa terza legge ristabilire una disposizione originariamente ben fatta, se si pretende che la seconda legge avrebbe potuto annullare tal disposizione, a dispetto della legge primiera?

Reassumiamo, per passare avanti, le cinque proposizioni, che dovevamo provare sulla lettura del testamento. 1. La sostituzion pupillare abbraccia ivi tutti i figliuoli nascituri, non che il solo ventre pregnante di allora. 2. Ella è validissima in diritto anche pe' non nati. 3. D. Niccola Folgori, nel caso avvenuto della

pre-

premorienza della madre al figliuolo , è certamente il sostituito pupillare per *vulgarem*. 4 e 5. Di sostituzioni veramente fedecommessarie non ve ne ha , che una sola ; e questa per tutte le vie non vizia la pupillare, ch' è il nostro scopo,

PAR-

PARTE TERZA.

Che il cambiamento della legislazione non abbia offesa la pupillare ordinata dal Marchese D. Ferdinando.

SEZIONE I.

Si suppone la pupillar sostituzione vietata dal Codice Civile; e se ne tratta, come di disposizione della paterna eredità.

§. I. Triplice oggetto di questa parte.

Sostituzione pupillare ordinata sotto l' imperio del diritto antico, in un testamento scritto l' anno 1801; morte del testatore, avvenuta sotto l'imperio del Codice Civile, l' anno 1810; morte del pupillo, seguita il passato anno 1822, sotto l' imperio delle attuali LL. Civili, che riconoscono espressamente la sostituzione pupillare; ecco le tre circostanze, dalle quali dipende la sorte della nostra sostituzion pupillare.

Si suppone dagli eredi legittimi del pupillo, che il Codice Civile, il quale imperava al tempo della morte del

del sostituente, proibisse la sostituzion pupillare; e questa è la massima difficoltà, che si fa al pupillar sostituto. Noi supporremo prima co' nostri avversarj il preteso divieto del Codice Francese; e dimostreremo, come tal proibizione non ci nuoca. Questa dimostrazione sarà doppia, considerando la pupillare in due modi, e come una disposizione, che cada sulla eredità paterna, che non è il concetto vero di essa, ma benanche di supposizione; e considerandola, qual è, come la disposizione, che deferisce la eredità del figliuolo. In fine, sbandita ogni supposizione, faremo chiaro, come il Codice Francese abbia ommessa semplicemente, ma non proibita, la nomata sostituzione; e che s'ella è oggidì dalla Francia sbandita, lo è per leggi antecedenti, a noi non comuni.

§. II. Stato della quistione. Via, che si prende per risolverla.

Abbia il Codice Fancese vietata la pupillare, e sia stata ella interdetta nelle nostre contrade al tempo della morte del testatore. Ricerchiamo dunque di quanto possa influire nella nostra controversia il tempo della morte del sostituente. È mai sempre egli vero, che l'ostacolo ad una disposizione al tempo della morte del testa-

statore renda vana ed irrita la disposizione? Questa è la quistione, che prendiamo ad esaminare, affrontando di botto la difficoltà, che sembra la maggiore. Un testamento può cadere per incapacità di testare nel testatore; e per incapacità di succedere nell'erede. Può inoltre qualche disposizione venir meno per particolar divieto della legge. Ne' primi casi la legge rigetta le persone; nell'altro la cosa. In tutti, il divieto si considera in più tempi, di cui due sono i principali, ma non egualmente, quel del fatto testamento, e quel della morte del testatore. Di questi tempi è spezialmente ne' libri del diritto trattato, in ordine alla capacità del testatore e dello erede. Quel, che vi si truova stabilito per riguardo alla capacità delle persone, ci servirà di guida per proceder con sicurezza nella ricerca, che riguarda il divieto della cosa.

§. III. La capacità di testare e di ricevere è indispensabile al tempo della formazione del testamento.

Il tempo della celebrazione del testamento dee per regola aver la legge in suo pro, così per la capacità del testatore, come per quella dell'erede. Non è testamento quel, che alcuno si abbia fatto, quando non aveva il potere di farlo, ossia la fazione attiva di esso. Non era

era testamento, secondo i principj del diritto romano, pe' quali non si dava testamento senza erede (1), quel, che avesse per erede chi al tempo del fatto testamento non ne godesse la fazione passiva. *Quæ testamenta ab nitio propter inhabilitatem personæ testantis non consistunt, ea ex post facto vires nullo modo capiunt:... ne quidem prætorio* (2). Ciò per la persona del testatore. *Quæ ab initio inutilis fuit institutio, ea ex post facto convalescere non potest* (3). Ciò per la persona dell' erede.

Di quì è, che il testamento fatto dall' impubere nulla vale, quantunque venga egli a morire in età capace di testare. Similmente il testamento fatto dal furioso non prende vigore dal ritorno di lui alla sana mente (4). Il che non dipende solo dal difetto di giudizio, di cui pativano l' uno e l'altro testatore nel far te-

---

(1) *Caput et fundamentum totius testamenti.* §. 3 *Inst. De legatis.*

(2) *Vinn. ad* §. 6, *Inst. Quibus modis testamenta infirmantur. Num.* 1.

(3) *L.* 210, *D. De reg. jur.*

(3) §. 4, *Inst. Quibus non est permissum facere testamen.*

testamento, ma eziandio dal difetto di potestà. Imperciocchè il simile era stabilito di colui, che avesse testato prigioniero presso nemici, comechè fosse morto dopo il ritorno in patria (1). Ed il simile di chi avesse fatto testamento da figliuol di famiglia, quantunque attempato; e di chi divenuto di suo diritto, e datosi in arrogazione, lo avesse fatto in questo stato; e fossero di poi morti dopo usciti l'uno e l'altro dallo stato di dipendenza familiare (2). Il simile valeva, per chi avesse testato, essendo servo o peregrino; l'acquisto della libertà o della romana cittadinanza di nulla giovandogli, per dare al suo testamento quel vigore, che non ebbe nel nascere (3). In tutti i cennati casi dominava rigidamente la regola anzidetta; la quale si distendeva quasi del pari ai casi dell'altra classe, cioè all'incapacità dell'erede al tempo del fatto testamento; bisognando, che con lui vi fosse in quel punto fazione di te-

(1) §. 5, *Inst. Quibus non est permissum facere testam.*

(2) VINN. *ad* §. 6, *Inst. Quibus modis testamenta infirmantur.*

(3) *Princ. Inst. Quibus non est permissam etc.* VINN. *ad rubricam Inst. Quibus non est permissum etc.*

testamento, acciocchè avesse consistenza la istituzione (1). Ho detto quasi del pari per una eccezione, che vedremo appresso. Il tempo dunque della formazione del testamento decide della sua sorte, così in riguardo alla potestà del testatore, come all' abilità dell'erede.

§. IV. La incapacità del testatore, al tempo della sua morte, delle volte nuoce e delle volte no al testamento già fatto.

Ma non decide egualmente il tempo della morte del testatore. Ci ha de' casi, ne' quali per la incapacità del testatore o dell' erede, al tempo della morte del testatore, il testamento è nullo; ce ne ha per opposito, dove tal difetto non nuoce. Un uomo testa sano di mente; indi viene in furore, e muore in questo stato. Il testamento di nulla ne soffre (2). Similmente regge il testamento di chi dopo fattolo sano, avesse disgraziatamente perduta la loquela e l' udito (3). Similmen-

(1) §. 4, *Inst. De heredum qualitate. L. Si alienum* 49, §. 1, *De hered. instituendis.*

(2) §. 3, *Inst. Quibus non est permissum facere testamentum.*

(3) §. 1, *Inst. Eod.*

mente il testamento del prodigo morto nella interdizione, purchè fatto precedentemente, quando fare il poteva (1). Lo stesso era del testamento fatto avanti, che il testatore fosse caduto in prigionia presso i nemici, benchè poi la morte lo avesse colto fra loro. Per finzione della legge Cornelia si aveva egli, come morto prima di cader prigione (2).

Al contrario il testamento fatto da un padre di famiglia, che poscia si fosse ad altrui dato in arrogazione, e fosse morto in questo stato; il testamento, a cui fosse sopravvenuta la deportazione del testatore, che imrportava peegrinità, o la servitù della pena; cadevano insieme col mutato stato, e rimanevano inutili per la perseverazione del nuovo stato fino al tempo della morte (3).

Donde coteste varietà, ossia da qual principio? poichè la loro ragionevolezza si fa sentire a prima giunta, e la legge va in loro d' accordo perfettamente col comune senso; ma la indagine del principio è l' opera del giurista. Il vedremo di quì a poco, dopo osservate

---

(1) §. 2, *Inst. Eod.*
(2) §. 5, *Inst. Eod.*
(3) §. 6, *Inst. Eod.*

te le stesse varietà nell' abilità dell' erede; dove eziandio non sempre decide di essa il tempo della morte del testatore.

§. V. Simile varietà sulla incapacità dell' erede, al tempo della morte del testatore, che ora nuoce ed ora no. Differenza tra le istituzioni pure e le condizionali.

È celebre un testo di FIORENTINO, che forma la *L.* 49, *D. De heredibus instituendis*. Ivi al §. 1, si legge così: *In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt: et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio; et mortis testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et cum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit. Nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, et mortem testatoris vel conditionem institutionis exsistentem, mutatio juris heredi non nocet; quia (ut dixi) tria tempora inspicimus.*

Questo testo per determinare l'abilità dell'erede numera distintamente tre tempi. Il primo ed il terzo son quel-

quelli del fatto testamento e dell'adizione della eredità. il secondo è doppio, non *cumulativamente*, ma *disgiuntivamente*, cioè il tempo della *morte del testatore*, e quel della *verificata condizione*; l'uno nelle istituzioni *pure*, l'altro nelle *condizionali*. Che il doppio secondo tempo non sia cumulativo, ma disgiuntivo e alternativo, è chiaro dalla espressa disgiunzione del testo; dalla numerazione, che vi si fa de'tempi; dalla ragione, che la legge stessa ne adduce. Espressa disgiunzione del testo. *Medio autem tempore inter factum testamentum, et mortem testatoris, VEL conditionem institutionis exsistentem.* Dunque il secondo estremo è l'uno o l'altro, giusta i casi o della pura o della condizionale istituzione. Numerazione de'tempi. *Quia ut diximus, tria tempora inspicimus.* Se i due tempi fossero cumulativi nella condizionale istituzione, sarebbero quattro, non tre. Ragione della legge. La ragione del primo tempo, ossia del fatto testamento, si è *ut constiterit institutio*. La ragione di quello della morte del testatore si è, *ut institutio effectum habeat*. Ora nelle condizionali institutizioni l'effetto è immediatamente attaccato, non alla morte del testatore, ma all'avverata condizione. Laonde bene dice Giovanni Fabbro, *quod in conditionali sufficit, quod sit capax heres tempore exsistentis conditionis, quamvis non esset tempore mortis; et quod tantum facit*

cit in conditionalibus exsistentia conditionis, quantum in puris tempus mortis (1). Ed egualmente ben dice, che i tempi medj, ne'quali *mutatio juris non nocet*, son sempre due, il primo, dal fatto testamento alla morte del testatore, nelle istituzioni pure; e nelle condizionali, dal fatto testamento alla verificata condizione: il secondo, dalla morte del testatore all'adizione dell' erede, nelle istituzioni pure; e nelle condizionali dall' evento della condizione all'adizione della eredità (2).

Del giureconsulto Celso abbiamo la stessa dottrina. *Si heres institutus, scribendi testamenti tempore, civis romanus fuit, deinde ei aqua et igne interdictum est, heres sit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit. Aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio exsistit* (3). Il mutamento di stato, nella ipotesi di questa legge, sopravviene all'erede, dopo scritta la sua istituzione. S'egli è istituito puramente, uopo è, che si ritrovi tornato in capacità al tempo della morte del testatore. Se condizio-

(1) *In Institutiones §. In extraneis, tit. De heredum qualitate et diff. Num.* 6.

(2) *Ibid.*

(3) *L.* 59, *§.* 4, *De hered. instituendis.*

zionalmente, basta, che si truovi di aver ricuperato i diritti civili al tempo della condizione, *quo tempore conditio exsistit*. La incapacità del tempo medio non gli nuoce, cioè tra'l fatto testamento e la morte, nel primo caso; tra'l fatto testamento e la condizione verificata, nel secondo.

In questo secondo caso la morte del testatore fa parte del tempo medio, di cui è scritto altrove generalmente: *Solemus dicere, media tempora non nocere*. Infatti ULPIANO dopo riferita tal regola, l'applica così al caso della pura, come della condizionale istituzione, ma con risultamento diverso (1). *Ut puta civis romanus heres scriptus, vivo testatore factus est peregrinus, mox ad romanam civitatem pervenit; media tempora non nocent*. Quì la istituzione è pura, ed il giureconsulto suppone ritornato l'erede a' diritti civili *mox*, cioè subito, e prima che il testatore si morisse. Siegue il caso della condizionale. *Servus alienus sub conditione heres scriptus traditus est servo hereditario, mox usucaptus ab extraneo, non est vitiata institutio.* Il servo proprio prima di GIUSTINIANO inutilmente era scritto erede senza la libertà; l'alieno utilmente, perchè acquistava al pa-

(1) *L.* 6, *D. De hered. inst.*

padrone. Nel secondo caso di ULPIANO bastò, che il servo si trovasse alieno per *usucapione* al tempo della condizione, siccome spiega il POTHIER. *Verum cum tempore exsistentis conditionis, inveniatur usucaptus ab extraneo, valet institutio; nec enim attenditur medium tempus* (1). Il medio tempo nelle pure istituzioni è fuor della morte del testatore; nelle condizionali la comprende. Il *mox* nelle pure vuol essere, giusta la distinzion precedente di CELSO, *intra tempus, quo testator decessit*; nelle condizionali, *quo tempore conditio exsistit* (2).

Il dotto FRANCESCO OTTOMANO, ponendo nelle forme degli antichi retori la quistione di una condizionale istituzione, nella persona di uno, che deportato alla morte del testatore, si trovava restituito al tempo dell'evento della condizione, scrive così: *Causæ conjectio. Intentio: Hæc hereditas mea est. Depulsio agnati: Immo mea. Quæstio: Utrius sit. Ratio: Quia tu incapax mortis tempore fuisti. Infirmatio: Immo incapax non fui; nam*

(1) *Ad cit. L. 6, Pand. Justin. De hered. inst. Num. XXIV.*

(2) Si può vedere anche il DOMAT. Leggi Civ. P. II, Lib. III, Tit. I, art. 16, colle giunte della edizione napoletana del 1798, Vol. IV, pag. 85.

nam incapax qui capere non potest id, quod capi jure communi potest. At hereditas capi non poterat. Definitio: An incapax aliquis eo tempore non sit, quo hereditas capi non potest. Controversia ex definitione nata. Respondetur autem, non esse. Idem etiam in L. Si servus, 82, D. De adquirenda hereditate (1). La incapacità dunque, secondo la bella spiegazione dell'OTTOMANO, si misura in ordine al tempo, in cui *hereditas capi potest*, ossia al tempo *delatae hereditatis*; ch'è il tempo della verificata condizione nelle istituzioni condizionali, ossia il tempo dell' effetto.

Dunque la incapacità o del testatore o dell' erede, al tempo della morte del testatore, non sempre decide della nullità del testamento; e malgrado del difetto di quel tempo la disposizione regge tal volta.

(1) *Ad tit. Inst. De heredum qualitate, et differentia*, §. 4.

§. VI. Principio, che spiega le cennate varietà; cioè, che la incapacità sopravvenuta al testatore o all' erede allora fa cader la disposizione, quando ne impedisce l' effetto. E quindi nelle istituzioni condizionali, basta, che la incapacità si ritrovi cessata al tempo dell' evento della condizione.

La spiegazione delle scorse varietà uopo è ripeterla da una massima, ch' è il frutto di due regole in apparenza contrarie, e nasce dalla loro conciliazione. Delle due cennate regole l'una stabilisce: *Quod semel utiliter gestum est, durare etiamsi ille casus extiterit, unde incipere non poterat.* L'altra: *Negotium extingui, cum is casus postea incidit, unde incipere non poterat* (1). Ecco la conciliazione, che ne dà il Vinnio dietro Ugon Donello, e generalmente i più antichi interpetri; e l'applicazione, che ne fa cogli stessi alle ultime volontà. Negli affari al tutto perfetti, e ne'quali nulla di futuro si desidera pel loro adempimento, i casi sopravvenuti nulla valgono ad infermargli. Negli affari non al tutto perfetti, fa d' uopo distinguere, e la decisione è varia, secondo la natura della sopravvenuta novità. *Hic aliud*

(1) *L. In ambiguis* 85, *§.* 1, *D. De regulis juris. L. penult. §. ult. D. De verbor. obligationibus.*

liud atque aliud, pro conditione casus postea incidentis, placet. Nam si quod postea intervenit, tale sit, ut IMPEDIAT, *quominus negotium recte cœptum ad finem perducatur, placet quod ante gestum est, resolvi;* SI NON IMPEDIT, *durare quod bene gestum est, exitumque suum sortiri. Ut ecce testamentum, legata, fideicommissa, etiam si ab initio recte constituta sint, non statim tamen ita plene perficiuntur, ut nihil amplius ad voluntatis consummationem desideretur: reliquum est adhuc, ut heres ex testamento exsistat, ut legatarius legatum consequatur* (1). Dunque dove la cosa sia tuttavia in pendente, e nel particolare dove l' ultima volontà solennemente spiegata non ancora ricevuto abbia l' adempimento suo, e novità sopravvenga, convien distinguere. O è tale la novità, che impedisca *l' effetto* della volontà del testatore, ed allora ella risolve tutto il fatto; o ella non ha contatto coll' *effetto*, ed allora la volontà del testatore ne resta illesa.

Colla chiave di questa distinzione è facile aprire quanto vi ha di riposto nelle varietà di sopra accennate. Se il furore al testatore sopravvenuto, se la perdita di poi fatta dell' udito e della loquela, se la interdizio-

(1) *Ad* §. 11, *Inst. De legatis. Num.* 3.

ne appresso inflittagli, di nulla offendono il testamento dianzi da lui fatto, benchè le dette sciagure lo abbiano accompagnato al sepolcro; la ragione si è, che avendo il testatore ritenuto il suo stato civile e la sua fortuna, ossia avendo perduta la capacità di testare, ma non quella di avere un erede, ch' è l'effetto del testare; elle non tolgono alla sua volontà la possibilità dell' effetto (1). Se la prigionia e la morte presso nimici, non ostante che questi accidenti mutasser lo stato del cittadino romano, lasciavan salvo il testamento da lui prima fatto in patria, la ragione è la stessa; avendo la legge Cornelia conservato al defunto il suo patrimonio, col fingere, che nell'atto, che divenne prigione, fosse egli morto fra' suoi. Se al contrario diventava irrito il testamento di chi dopo fattolo validamente, fosse tornato figliuol di famiglia per arrogazione, o divenuto peregrino per deportazione, o caduto in servitù; la ragione era, perchè tali novità spogliando del suo patrimonio e de' suoi diritti il testatore, impedivano, che avesse egli un erede, e che la sua disposizione sortisse il suo effetto (2). Si-

(1) *Vinn. ibid. Adde Domat. LL. CC. nel loro ord. nat. Lib. III, tit. I, art. II, pag.* 121, *ediz. Napolet. del* 1798.

(2) *Vinn. ibid.*

Similmente, se trovandosi l'erede puro incapace di acquistare alla morte del testatore, la istituzione cade; la ragione si è, perchè la incapacità sopravvenuta impedisce, che la istituzione abbia effetto. E se il contrario avviene nell'erede condizionale, purchè si ritrovi capace al tempo della condizione; la ragione si è, che quando l'effetto dee seguire, l'impedimento si ritrova passato. Nelle istituzioni pure l'effetto è attaccato al tempo della morte del testatore; nelle condizionali, al tempo della condizione avverata. Nelle prime l'effetto è distrutto dalla incapacità dell'erede; nelle seconde l'impedimento non si scontra coll'effetto, ed è come un dardo, che cade prima di aggiugner lo scopo. Il tempo della morte del testatore, dicon le leggi, debbe essere atteso, *ut testamentum effectum habeat*; il che è vero nelle disposizioni pure, perchè allora *defertur hereditas*. Ma nelle condizionali, *inter factum testamentum et conditionem institutionis exsistentem*, *mutatio juris non nocet* (1), perchè l'effetto è legato alla condizione, perchè l'eredità condizionale si deferisce *tempore exsistentis conditionis*. Perciò, diceva OTTOMANO,

 la

(1) *L.* 49, §. 1, *D. De hered. inst.* §. 4, *Inst. De hered. qual. et differentia.*

la capacità vuol essere relativa al tempo della condizione, ch'è quel tempo, *quo hereditas capi potest*. Siccome nelle pure istituzioni *hereditas capi potest statim a morte testatoris*; nelle condizionali, *capi non potest, nisi post existentem conditionem*.

§. VII. Conformità in questa parte del diritto francese, così vecchio, come nuovo, col romano.

Questa dottrina, che restringe il bisogno della capacità al tempo dell'effetto, soprattutto nelle istituzioni condizionali, è fedelmente passata dal diritto romano nel diritto francese, così antico, come moderno. E poichè ella è importantissima nella nostra causa, e questa dipende dal diritto e romano e insieme francese, piaccia udirla anche dalla bocca di due giureconsulti francesi, appartenenti alla giurisprudenza antica l'uno, alla odierna l'altro, il Cancellier D'AGUESSEAU e'l Sig. TOULLIER.

Scriveva il primo: » O la disposizione del testa-
» tore è pura e semplice, o è condizionale. Se pura
» e semplice, o che si tratti d'una istituzion di erede,
» o d'una sostituzione, d'un legato, d'un fedecom-
» messo, si siegue a rigore la stessa regola, che per
» le legittime successioni. Fa d'uopo esser capace nel
» tem-

» tempo della succession deferita, ossia nel tempo stes-
» so della morte del testatore. Invano l' erede o il le-
» gatario sarebbe stato capace durante la vita del suo
» benefattore. Se qualche accidente gli abbia rapita la
» capacità nel tempo della morte di lui, sarà egli mai
» sempre escluso. Aggiunghiamo, che indarno acqui-
» sterebbe egli poco tempo appresso quella capacità,
» che gli è mancata nel critico istante. Tutto il prece-
» dente è inutile, tutto il seguente è superfluo; un sol
» punto decide per sempre della sua sorte e della sua
» capacità — Ma se la disposizion testamentaria è con-
» dizionale, allora non è più il momento della morte
» del testatore quello, in cui si esamina la capacità del
» legatario o dell' erede. L' equità del Pretore la richie-
» de al tempo della scadenza, dell' evento, della esi-
» stenza della condizione. Così si spiegano infinite leggi;
» e tutto il titolo de' Digesti, *Quando dies legati vel*
» *fideicommissi cedat*, è una ripetizione di questa mas-
» sima. Se domandiamo della ragione a' giureconsulti,
» essi ci rispondono, che il legislatore non dee bramar
» la capacità, *se non nel momento, in cui puote ella*
» *essere utile all'erede o al legatario, cioè a dire nel*
» *tempo, in cui l'evento della condizione dee porlo in*
» *possesso del legato o della eredità* (ch' è il tempo
» dell' effetto). Fino a questo punto, non potendo egli

 » ac-

» acquistar cosa, non può neppure perdere cosa. La
» sua capacità, mentre che l'aspettativa della condizio-
» ne tien tutti i suoi diritti sospesi, gli sarebbe inutile.
» Quindi non è giusto, che la incapacità dello stesso
» tempo gli nuoca (1) ec. »

All'antica giurisprudenza della Francia così fa eco la moderna, per la bocca del Sig. Toullier: » In quanto
» alle disposizioni condizionali, allorchè la condizion
» si distende oltre la morte del testatore, il diritto
» romano richiedeva la capacità del donatario al tempo
» solo dell'adempimento della condizione, perchè in
» quella epoca il diritto si apre; e reputasi che il te-
» statore abbia previsto, potere il donatario divenir ca-
» pace innanzi l'evento della condizione. Egli è, come
» se avesse detto: *Do a Tizio, s'egli è capace di ri-*
» *cevere, allorchè la condizione avverrà. Do a Gajo,*
» 3000 *franchi, se fra due anni dopo la mia morte*
» *sarà naturalizzato francese*. Gli autori i più accredi-
» tati insegnano, che tal regola era seguita nel diritto
» francese. Una eccezione vi era per rispetto alle mani
» morte. Vedete l'editto del 1749, art. 2. E come
» que-

(1) *Plaidoyer LIII, Oeuvres, Tom. IV, Paris,* 1764, *pag.* 572 *et* 573.

» questa regola è fondata sulla ragione, ella dee con-
» tinuare ad esser seguita sotto l' imperio del Codice,
» che non contiene disposizion contraria. L' articolo
» 1040 vuole, che ogni disposizione testamentaria fatta
» sotto una condizione, che ne sospenda l' effetto, si
» caduchi, se l'erede istituito o il legatario muoja avan-
» ti l' adempimento della condizione. Puossene con-
» chiudere, che sarebbe lo stesso, se fosse divenuto
» incapace; per esempio, se fosse divenuto straniero
» avanti l'evento della condizione; poichè spezialmente
» al momento dello acquisto del diritto è da conside-
» rare, se il donatario sia capace. L. 49, § 11, D.
» *De heredibus instituendis*. Ma potrassi pretender di
» più, *che sia stato egli capace anche al tempo della*
» *morte del testatore?* Niuna disposizione del Codice
» il richiede, nè ci ha ragion solida per esigere quello,
» che non richiede la legge. Il sol tempo da considerarsi
» è quel dunque, in cui si acquisti il diritto; cioè a
» dire l' epoca dello evento della condizione, donde di-
» pende la esecuzione (l' effetto) della disposizione;
» senz' esser necessario, che il legatario sotto condizione
» sia capace al tempo della morte del testatore (1).

(1) *Droit Civil Français. Liv. III, tit. II, n. 91, pag. 99, tom. V, Paris*, 1821.

§. VIII. Continuazione della materia delle condizionali. Eurema Aquiliano pe' postumi veri *alieni*, fondato sulla esposta teoria.

Perciocchè il suggetto del nostro ragionamento è una sostituzion pupillare, e questa tra per la sua natura, e per la maniera, onde è stata ordinata, va riferita fra le condizionali istituzioni, anche a riguardarla come operativa sulla paterna eredità, e non su quella del figliuolo; non incresca intrattenerci alquanto più oltre nella materia delle condizionali. Nella teoria così bene da' romani giureconsulti stabilita, e da' moderni seguitata, che nelle disposizioni condizionali basti il tempo dello effetto, senza neppur curare il divieto del tempo dell'atto, fu dagli stessi giureconsulti antichi trovato il modo in due diverse età, da schivare il rigore di due diritti incomodissimi, che fanno epoca nella storia delle leggi. L'uno era quello, che vietava d'istituire i *postumi alieni*, come persone quasi incerte (cioè i nipoti, pronipoti ecc. che al tempo del fatto testamento avessero il padre di mezzo fra se e l'avolo, onde non erano *suoi eredi*); il quale divieto esponeva il testamento ad esser rotto, se morto di poi il padre, ma prima dell'avolo, il

il nipote nascesse dopo la morte dell' avolo (1). Pe' postumi *suoi*, cioè quelli, che fin dal primo nascere prendevano il primo grado nella famiglia, come i figliuoli, la interpretazione del foro vi era stata fin dal principio benigna. La difficoltà era restata pe' soli alieni. Il secondo diritto era il *caducario*, sorto negli ultimi tempi di AUGUSTO, che toglieva in mille modi a' privati, per soccorrere all' erario, spossato dalle guerre civili (2).

Al primo incomodo indusse il suo compenso il giureconsulto AQUILIO GALLO, collega e familiare di CICERONE, come questo stesso il chiama (3), colla sua formola famosa della istituzione del postumo alieno.

---

(1) *VINNIUS ad* §. 2, *Inst. De exheredatione liberor. Num.* 5.

(2) Si vegga l' HEINECCIO nel suo più dotto trattato, ch' è quello *Ad Legem Juliam etc.* Il POTHIER nella V parte del titolo unico *De legatis et fideicommissis* delle sue *Pandette Giustinianee*, raccoglie al suo modo, quanto vi è di storico e di giuridico più necessario a sapersi sulla materia.

(3) *De officiis, lib. III. Adde AULISIUM, De vulg. et pupill. subst. Qu. XVII, vers. finem.*

Si filius meus, me vivo, morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius moreretur, natus erit, heres esto (1). E come (obbietta a se stesso Arnoldo Vinnio) può cotal formola rimediare all' impedimento del diritto, se al tempo del testamento l' istituito è *postumo alieno*, e quindi incapace di essere scritto erede? *Fatebor* (risponde egli stesso) *si simpliciter consideraretur ut posthumus, quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus heres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive eo modo, quo a Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis* CONFERT IN ID TEMPUS, QUO SUUS ERIT. *Ea vis est articuli* TUNC, *quod temporis extremitatem significat. L. 4, §. 1, D. De conditionibus et demonstrationibus* (2). Ed il nostro Domenico Aulisio, gran lume ed ornamento della patria scuola, spiegando lo stesso testo, dice: *Posthumum Aquilianum non esse alienum, habito nempe respectu, non ad testamenti tempus,* SED AD EFFECTUM INSTITUTIONIS; *instituitur enim tunc, cum hujus nepotis pater morietur, quo certe tem-*

(1) *L. Gallus* 29, *D. De liberis et posthumis etc.*
(2) *Vinnius loc. modo cit.*

tempore posthumus suus est (1). La forza dunque del consiglio Aquiliano consistè nel far cadere la instituzione, mediante la condizione, nel tempo, che l' *alieno* fosse diventato *suo*, cioè nel tempo della capacità.

Pose mente Aquilio a que' soli nipoti, che nascessero dopo morto l' avolo; ma non badò nè a' figliuoli, nè a' nipoti, che nascessero avanti la morte del testatore, ma dopo il testamento, che come postumi improprj similmente il rompevano. A tutti questi per simil modo provvide con due capi la legge *Giulia* o *Giunia Velleja* (2), famosa anch' essa nella storia del diritto romano.

§. IX. Simile eurema per eludere le leggi caducarie.

Passiamo all' altro esempio. Uno degli oggetti delle leggi caducarie si era, che i celibi nulla potesser prendere per testamento o per donazione; i privi di prole, ossia gli *orbi*, la metà appena (3). I testatori erano

(1) *De vulg. et pupill. Pag.* 280, *tom. II*, *Commentar. Jur. Civ. Neap.* 1720.

(2) *L. Gallus, sup. cit. Adde Aulisium, pag.* 285.

(3) *Vid. Gothofredum ad Ulpian. Tit.* XIII.

no imbarazzati per tai divieti, trovandosi spesso le loro affezioni in contrasto colla legge del tempo. Il compenso a ciò fu rinvenuto nel tempo futuro (1), sperandosi o che le circostanze dei congiunti e degli amici si cambiassero, o si cambiassero leggi sì detestate, figlie *delle necessità della guerra*, siccome le chiamò GIUSTINIANO, allorchè, soddisfacendo al comun desiderio, le abolì (2).

Quindi troviamo nelle Pandette disposizioni di questa fatta: *Si ita quis testamento suo cavisset: Illi quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo; utique* TUNC, CUM *(quando) capere potuerit, videtur relictum* (3). Non la legge del tempo del testamento determinava la misura del lascito, ma quella di un tempo indeterminato e futuro. Lo stesso è deciso nella stesas legge, se il testatore abbia detto, legando: *Quam maximam partem dare possum.* Similmente in altra è scritto, che si può istituir Tizio nella parte, che potrà prendere: *Ex parte, quam quis per leges capere possit* (4). Ma bellissimo sopra tutti è un testo di MODESTINO: *In tem-*

---

(1) *POTHIER, Pandect. Justin. De Legatis et fideicommissis. Num.* CCCCIII.

(2) *L. un. C. De caducis tollendis, princ.*

(3) *L. 51, D. De legatis II.*

(4) *L. 78, in fin. D. De heredibus instituendis.*

tempus capiendae hereditatis, heredem institui posse benevolentiae est; veluti: Lucius Titius, cum capere possit, heres esto (1). *Non capax* (osserva la Chiosa) *potest institui, cum capere poterit.* Quì la capacità mena alla condizione, *in tempus capiendæ hereditatis*; laddove in altri casi, la condizione mena per avventura alla capacità.

La forza di queste disposizioni escogitate per secondare la benivolenza del testatore verso persone, che la legge del suo tempo gli vietava gratificare, è tutta riposta nel porre d'accordo la volontà dell' uomo colla volontà della legge futura; nel trasportare l'effetto della disposizione al tempo del cessato divieto; nello slontanare questo effetto dal presente, raccomandandolo ad un più benigno avvenire.

La volontà dunque del testatore, rintuzzata ed impedita dalla volontà della legge, al tempo del testamento e della morte, può agire ed operare e produrre il suo effetto nel tempo successivo, tostochè cambiata opportunamente la volontà della legge, venga con essa d'accordo. Cagion necessaria della forza delle disposizioni de' testatori è l'accordo della volontà dell' uomo

 col-

(1) *L.* 62, *D. De hered. instituendis.*

colla volontà della legge. Questo è il principio, che non è possibile ommettere. Ma se l'assenso alla volontà dell' uomo non si può ottenere dalla legge presente, basta averlo dalla legge futura. Questo è l' eurema della giurisprudenza, già è gran tempo, sanzionato da mille leggi.

In siffatto trovato si nasconde veramente una spezie di frode contra la legge del tempo; ma frode, che per la umanità contenutavi, ha meritata la indulgenza de' legislatori. Il nostro caso al contrario non ha bisogno nè di tolleranza, nè di favore, perchè nasce egli e procede a seconda di tutte le leggi. Il nostro testatore ordinò la sua sostituzione, allorchè senza dubbietà poteva ordinarla. Nacque quindi la sua disposizione sotto la protezion della legge del tempo. Non doveva egli sperare, ne sperò punto il cambiamento di quella; ma ne sperò, ne suppose la costanza, e non s' ingannò, perchè la legge del caso non si cangiò mai; e se si cangiò, è tornata al punto bisognevole, al tempo cioè dell' effetto della sostituzion pupillare. La sostituzion pupillare è per se stessa condizionale. Nella nostra ci abbiamo anche delle condizioni estrinseche, secondochè si è veduto. Indipendentemente dalle condizioni, l' effetto della sostituzione pupillare è al tempo della morte del pupillo. *Substituto ex hac substitutione defertur ere-*

ereditas non statim, sed tunc cum exsistit conditio substitutionis, similiter ut in vulgari diximus. Id autem accidit, cum impubes institutus heres extitit, et intra pubertatem decessit. Così Ugon Donello (1). Noi abbiamo dunque nella nostra spezie più, che ne'casi testè recati; abbiamo il secondo tempo d'accordo col primo. Vedremo a suo luogo la concordanza anche del tempo di mezzo.

Fin quì della capacità del testatore e della capacità dell'erede testamentario. Non è necessaria la prima al tempo della morte, quando la sua incapacità non impedisca l'effetto della disposizione. Non è necessaria quella dell'erede, al tempo della morte del testatore, quando la disposizione per esser condizionale debba avere l'effetto di là dalla morte del testatore. La capacità dell'uno e dell'altro si dee sempre calcolare in ordine all'effetto della disposizione. Passiamo alla nostra quistione.

 §. X.

(1) *Comment. Jur. Civ. Lib. VI, Cap. XXVI, n. XII.*

§. X. Transizione alla quistione propria della causa. Dalla regola circa la incapacità delle persone si argomenta bene al divieto della cosa. Si dimostra colla ragione.

Quel principio stesso, che risolve la quistione della influenza de'tempi per riguardo alla incapacità del testatore e dell'erede, la risolve eziandio per quelle disposizioni, che la legge in tempi diversi abbia con varia sanzione or proibite ed ora permesse. Rimoviamo gli equivoci, che alcun de'nostri avversarj con finissimo accorgimento si studia di attribuirci, volendo dare ad intendere, che noi mal confondiamo disposizione vietata con persona incapace, ed incapacità del testatore con incapacità dell'erede. Oibò, noi distinguiamo, ed il protestiamo altamente, tutte le dette cose; e il confonderle non sarebbe da perdonarsi a niuno. Il nostro proposito è soltanto di trarre argomento dall'una cosa all'altra; e far vedere, che se la incapacità del testatore al tempo della sua morte non nuoce sempre al suo testamento, se la incapacità dell'erede in quello stesso tempo non sempre nuoce al suo acquisto; neppure il supposto divieto della sostituzion pupillare, al tempo della morte del sostituente, nuoca alla stessa sostituzione, verificata sotto una nuova legge, che la permetta. E che il nostro

stro argomento proceda, anzi proceda dal più difficile al meno, il dimostriamo colla ragione e coll' autorità.

La ragione, che generalizzando riduce a identiche idee le cose le più in apparenza difformi; è quella, che salendo a principj comuni, porge spesso lo stesso mezzo di risoluzione per le quistioni le più diverse. Quando è, che la incapacità del testatore al tempo della morte, non offende il suo testamento? Quando si fatta incapacità, come vedemmo, non ne impedisca l' effetto. Quando è, che la incapacità dell' erede al tempo della morte del testatore, non gli toglie di acquistare la eredità? Quando la eredità è condizionale, cioè quando il tempo della morte del testatore non è il tempo dell'effetto della disposizione; ossia quando la incapacità dello erede non è di ostacolo all' effetto della disposizione. Perchè la legge vietante fa irrita la disposizione vietata? Perchè ne impedisce l'effetto. Dunque tutto consiste nello scontro dell'impedimento coll' effetto. Dunque se una disposizione vietata al tempo della morte del testatore doveva produrre il suo effetto oltre quel tempo, per sospension di condizione; ove il divieto si truovi cessato al tempo dell' effetto, mancando allora l' impedimento, l'effetto succede. Il tempo della morte del testatore (dice la legge) si calcola, *ut testamentum effectum ha-*

 beat

beat (1). La capacità (scrive l'OTTOMANO) è da considerarsi, *quo tempore hereditas capi potest* (2). Ella (diceva il Cancellier d'AGUESSEAU) è necessaria nel *momento, in cui possa essere utile all'erede* (3). Fuori di questo tempo, ch'è il tempo dell'effetto, e sempre che non impedisca l'effetto, la incapacità è innocua, la capacità inutile. Dunque del pari il divieto sopravvenuto ad una disposizione, divieto che non si prolunghi al tempo del suo effetto, non lo impedisce e nol toglie. L'impedimento in tutti questi casi, o che venga dalla persona o che venga dalla cosa, per essere operativo, dee scontrarsi, dee urtare, dee venire in collisione coll'effetto. Nelle disposizioni condizionali soprattutto, le quali mettono per se stesse un intervallo, un tempo medio tra la morte del disponente e l'effetto della sua volontà, questo stesso intervallo, questo medio tempo distoglie spesso lo scontro fra il divieto e l'effetto della disposizione. La legge vietante per impedire l'effetto alla volontà dello uomo, dee durare fino al punto, che questa divenga operante. Tolgasi tal contemporaneità, e non essendovi nè

(1) *L. 49, §. 1, D. De heredibus instituendis.*
(2) *Sup. §. VI.*
(3) *Sup. §. VII.*

nè urto, nè collisione fra legge vietante e volontà operante, l'effetto non verrà impedito.

§. XI. L'argomento procede anzi dal più difficile al meno.

L'argomento dunque cammina bene dalla incapacità delle persone al divieto della cosa; ma procede inoltre con quella maggiore forza, che passa dal più difficile al meno. Son cose al certo diverse, incapacità di persone e divieto di cose; ma queste due idee, bene analizzate, han tutta l'analogia tra loro, e propriamente quella, che ha luogo tra'l tutto e la parte. Imperciocchè che altro è mai la incapacità di disporre, se non il divieto di ogni disposizione, che fa la legge alle persone, ch'ella costituisce incapaci? E che altro è una disposizione vietata, se non la incapacità generale di far la tale disposizione? Sono divieti entrambi, incapacità entrambe, ma l'un divieto, l'una incapacità è per rispetto alla persona, l'altro divieto, l'altra incapacità è per rispetto alla cosa. Se dunque sono idee, che si convertono in molta parte, incapacità di persone e divieto di cose; la loro diversità è più apparente, che reale. E se la incapacità personale toglie il diritto di ogni disposizione, e di poter fare quello, che tutti gli altri possono; e se il divieto di una dispo-

disposizione fa incapace soltanto di questa; dicemmo il vero, che dalla incapacità della persona al divieto della cosa è quella stessa ragione, che dal tutto alla parte. La incapacità personale è totale ed assoluta; il divieto della cosa costituisce una incapacità parziale e relativa. E quindi l' argomento procede dall' una cosa all' altra così appunto, come dal più al meno difficoltoso.

Più. Nelle disposizioni vietate la legge è più indulgente, che nella incapacità delle persone. Imperciocchè laddove in materia d'incapacità il tempo del fatto testamento è un punto critico, che decide di esso, sia dalla parte del testatore, sia dell' erede; non così in materia di vietata disposizione. La legge in ciò benigna non annulla la disposizione, quando può salvarne una parte. Nel diritto romano per esempio, non poteva un padre di famiglia lasciar tanto ad un estraneo, che offendesse la legittima de' figliuoli. Nel nostro patrio antico diritto consuetudinario non poteva il testatore privare della metà de' beni antichi i congiunti. Nel nostro attual diritto, emanato dal francese, non si può lasciar tanto ad altrui, che diminuisca la parte riserbata a' discendenti ed agli ascendenti. Le disposizioni di questa fatta erano e son tutte proibite. La legge non pertanto riducendole alla giusta meta, ne annulla il solo eccesso, e ne lascia il rimanente illeso. Tutte queste son

tan-

tante vie, onde la ragione perviene a provare l'applicabilità dell' argomento dalla incapacità al divieto. Dalla ragione passiamo all' autorità.

§. XII. Dimostrasi coll' autorità, che l'argomento dalla incapacità al divieto procede bene.

Il Signor Merlin ci garentisce col suo esempio, applicando la stessa dottrina al caso delle istituzioni universali, annullate, e retroattivamente annullate, dalle leggi del nevoso e del ventoso dell' anno II; e di poi ridotte semplicemente, ma senza retroattività, alla permessa quota, per la legge de' 4 del germinale dell'anno VIII. Trattavasi di un testamento fatto prima delle dette leggi annullatrici, e non più rifatto, come le medesime volevano; e della morte della testatrice seguita dopo la legge del germinale dell'anno VIII. Si disputò quindi, se fosse applicabile la massima, *Media tempora non nocere*. Dopo allegatasi dall' inclito giureconsulto la legge VI, §. 2, la legge XLIX, §. 1, *D. De heredibus instituendis*, e la legge XII *D. De injusto, rupto etc. testamento* (le quali riguardan la capacità del testatore e dell' erede), ripiglia: » Queste decisioni si applican di » per se stesse alla nostra spezie . E invano si direbbe, » che non concernano il caso, in cui la legge stessa nel-

» lo

» lo intervallo fra 'l testamento e la morte del testato-
» re, abbia colpito il testamento di nullità. Si, elle
» non concernono propriamente questo caso; ma la ra-
» gione, da cui procedono, è adattabile a questo ca-
» so del pari, che a quelli, i quali vi vengono espres-
» samente regolati; e tutti sanno la massima della leg-
» ge XII, D. *De legibus*: *Cum in aliqua causa sen-*
» *tentia legum manifesta est, is qui jurisdictioni præest,*
» *ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.* In
» oltre le allegate decisioni sono fondate sul principio,
» *Media tempora non nocent*; e tal principio è comu-
» ne a tutti i cambiamenti intermedj, qualunque sia la
» cagione, da cui derivino (1). »

Il Signore Chabot de l' Allier si serve anch'egli della stessa dottrina, per provarè, che le sostituzioni vulgari, ordinate prima de' decreti de' 25 di ottobre e de' 14 di novembre 1792, ed aperte dopo la legge dei 3 di maggio 1803, avean ripreso per quest' ultima legge, quel vigore, che avean lor tolto i decreti anzidetti (2). Vie-

---

(1) Presso *Chabot de l' Allier*, *Questions transitoires-Testament. Pag.* 430 *et* 431, *Paris* 1819. È bene leggerlo dalla pag. 425.

(2) *Questions transitoires — Substitution*. §. I, *in fine .Pag.* 370.

Viene per terzo co' Signori MERLIN e CHABOT, il Signor PAILLET, noto per le sue giudiziose annotazioni a' cinque Codici. Dopo parlatosi da lui sull' art. 967 del Codice Civile, della incapacità di testare ne' due tempi, soggiugne: » Con questo stesso principio si dee decide- » re la quistione sorta in ordine alle disposizioni uni- » versali, fatte prima de' 17 del nevoso dell' anno II. » Si è domandato, qual dovesse esser la sorte di quel- » le fatte avanti la detta legge. Per decidere tal qui- » stione, convien distinguere, se gli autori di tali di- » sposizioni sieno trapassati sotto l' imperio della me- » desima . . . . Ma se la morte sia avvenuta dopo » la promulgazione del Codice Civile, le disposizioni » sono valevoli e debbono essere eseguite, trattandosi » di capacità, la quale si dee verificare ed al tempo » del testamento ed al tempo della morte.» E prosiegue, allegando varie decisioni ed altre autorità, che tutte usano il modo di ragionare da noi tenuto (1), fra le quali non è da tacere la grande del Signor GRENIER (2).

Ba-

---

(1) *Manuel de droit francais. Paris* 1819, *pag.* 182.

(2) *Des donations et testamens. Tom. I, pag.* 135; *et II, pag.* 148, *à la note.*

Badisi, che i lodati scrittori parlano del tempo della morte del testatore, non di quello della verificata condizione, perchè trattano di disposizioni pure, non già condizionali. La loro autorità è quì allegata da noi, per giustificare il procedere, che fatto abbiamo dalla incapacità delle persone al divieto della cosa. Ammessa la legittimità di questa transizione, siccome l'applicazione, che i citati giureconsulti fan della dottrina della incapacità al caso del divieto nelle disposizioni pure, mena al tempo della morte del testatore; così fatta alle istituzioni condizionali, fra le quali è il nostro caso, mena al tempo della condizione.

È inoltre da notarsi, come ne' casi de' citati giureconsulti, le leggi intermedie da loro evitate col principio, *Media tempora non nocere*, avevano retroattivamente annullate le disposizioni universali e le sostituzioni tutte. Talchè il dubbio era più forte. Trattavasi dopo estinte di ravvivarle con una legge non retroattiva, qual fu quella de' 3 di maggio 1803. Nel nostro caso, se il Codice proibì la sostituzion pupillare, non annullò i testamenti già fatti, nè vi fu punto di retroattività nelle sue sanzioni. Quindi il testamento di D. Ferdinando Folgori potè per effetto del supposto divieto, rimanere inoperosamente sopito nella sua sostituzion pupillare, ma non già estinto e nullo; e la legge

no-

novissima ha dovuto semplicemente restituirgli l'attività, non la vita.

§. XIII. Nuova e diretta dimostrazione per mezzo di leggi positive, come basta ad una disposizione trovarsi permessa al tempo dell'effetto, non ostante il divieto al tempo della morte del disponente, ed anche al tempo della disposizion fatta.

Ma all' autorità de' giureconsulti aggiunghiamone un'altra trascendentale, che nelle nostre materie sorpassa eziandio la ragione, cioè l'autorità della legge. È deciso testualmente, che la disposizione vietata possa essere utilmente fatta dal testatore, malgrado del divieto al tempo e del testamento e della morte, purchè sia condizionale, e purchè al tempo della condizione si truovi cessato il divieto.

Ulpiano ce ne dà due congiunti esempj nella legge XLI, §. 1, *D. De legatis* I. Era in Roma vietato da un senatusconsulto del tempo di Trajano il poter legare oggetti, che facesser parte di una casa. *Ea, quæ ædibus juncta sunt, legari non possunt, quia hæc legari non posse Senatus censuit, Aviola et Pansa Consulibus.* Il nomato giureconsulto nel suo comento a Sabino prese ad esaminare, se un legato di colonne e di marmi, potesse un giorno prender vigore dopo la morte del

del testatore, nel tempo, che venissero per altra cagione separati dall' edifizio. *Tractari tamen poterit, si quando marmora vel columnæ fuerint separata ab ædibus, an legatum convalescat.* Decide egli negativamente. *Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet*, giusta la regola Catoniana. Ma ripiglia, che altrimenti andava la bisogna, se il legato fosse condizionale, ed al tempo della verificata condizione si fossero i marmi e le colonne trovate staccate dall'edifizio. *Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, SI EXSISTENTIS CONDITIONIS TEMPORE .... ÆDIBUS JUNCTA NON SINT. ... Purum igitur legatum* (conchiude quindi in modo generale) *Catoniana regula impediet; conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.*

L' altro esempio, che Ulpiano congiunge col riferito, e da cui anzi prende ragione da risolvere il primo, si è il legato della roba propria del legatario. Tal legato non vale, per la natura della cosa, perchè nulla può essere maggiormente proprio del proprietario. *Nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata (mihi debetur); quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si exsistentis conditionis tempore mea non sit.* Similmente Paolo sullo stesso caso: *Mea res*

res sub conditione legari mihi potest, quia in hujusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet (1).

La ragione di tutte queste decisioni è il nostro principio stabilito di sopra. L'impedimento della legge, per essere operativo, dee scontrarsi coll'effetto della disposizione; debbe esservi contemporaneità tra l'impedimento dell'una e l'effetto dell'altra. E in virtù dello stesso principio, che si applica anche agli atti tra vivi, se lo sposo doni alla sposa, *ut tunc dominium adipiscatur, cum nuptiæ fuerint secutæ*, la donazione è nulla, perchè *sine effectu est* (2); non potendo passare il dominio dall'un conjuge all'altro, *constante matrimonio*, come spiegano la CHIOSA e DIONIGI GOTOFREDO (3). Quindi per regola generale la stessa CHIOSA insegna: *Actus judicatur validus vel invalidus, juxta tempus, in quod ejus effectus confertur* (4). E il BRUNNEMANNO: *Paria videntur tempore permisso aliquid face-*

(1) *L.* 98, *D. De conditionibus et demonstrationibus.*

(2) *L.* 4, *Cod. De donationibus ante nuptias.*

(3) *Ibi.*

(4) *Ad L.* 62, *D. De heredibus instituendis.*

cere, vel in id tempus, quo fieri potest, actum conferre. E Giacopo Gotofredo sulla regola Catoniana: *Addatur, neque in his hanc regulam obtinere, in quibus non ex præsenti negotium perficitur, sed in futurum aut a lege, aut a testatore, aut a contrahentibus negotium confertur . . . In his quippe omnibus casibus totius negotii vis fine et eventu pendent, et tamdiu in suspenso est* (1). Chiudiamo questa teoria con un aforismo di Diodoro Tuldeno, tratto dalla sua *Giurisprudenza estemporanea*, sotto il capo *De effectu: Non obstat actui temporis, quo geritur, inhabilitas, si in tempus idoneum* EFFECTUS *ejus confertur; et vicissim non prodest temporis convenientia, si effectus tendit in tempus incongruum* (2).

§. XIV. Conseguenza, per la causa, di tutte le teorie fin quì esposte, colla giunta di una favorevole differenza.

Poichè dunque nell'applicabilità di ciò, che ha luogo nelle incapacità personali di disporre e di ricevere, alle disposizioni, che il diritto vieta per le cose, concorrono unanimamente la ragione, gli esempj de'grandi giureconsulti e la suprema autorità delle leggi; la nostra di-

---

(1) *Ad L. 29, D. De regulis juris.*
(2) *De jurispr. extemporali, cap. XVIII.*

dimostrazione è fatta. Ogni sostituzione, sia diretta, sia obliqua, è per se una condizionale istituzione. La nostra pupillare lo è di più, per essere stato D. Niccola Folgori sostituito sotto la doppia estrinseca condizione della morte, e delle seconde nozze della Marchesa di Ducenta, avanti la morte del figliuolo. Sì fatte condizioni non si sono verificate prima, ma ora, sotto il Codice novissimo, che riconosce espressamente la pupillare. Dunque nulla ci può toglier l'effetto della sostituzione ordinata dal Marchese D. Ferdinando. Noi quì supponghiamo rinnovata dalla legge ultima la permissione della pupillare. Alcuni de' nostri avversarj per contenderci di passo in passo il terreno, anche questa evidenza ci niegano, la qual colpisce di botto chiunque dia uno sguardo all' articolo 945 delle Leggi Civili. Ma la stanchezza non ci vincerà; e riserbiamo soltanto la vendetta di quest'altra verità oltraggiata a luogo più comodo, dove le cose, che saran precedute, ne renderanno la dimostrazione più lucida e più spedita.

Intanto prima di passare oltre, non ommettiamo di fermarci un poco sopra una differenza già di sopra toccata, che passa in pro della causa dal diritto delle istituzioni condizionali al fatto della nostra. In quelle il solo tempo dell'evento si riguarda; le sole leggi si attendono, che corrispondono al detto tempo. Non che il tem-

po

po della morte del testatore, ma quello eziandio del fatto testamento non si calcola punto. Quindi i legati condizionali de' marmi, e della cosa propria del legatario, van bene; tuttochè fatti, quando i marmi non eran distaccati dall' edifizio, e quando la cosa era propria del legatario. Quindi il celibe e l' orbo, istituiti sotto condizione, impunemente erano incapaci, quando i testatori gli scrivevano o nominavano eredi. Quindi le istituzioni di Aquilio e della legge Velleja eran valevoli per persone incerte al tempo del testamento. Quindi prescindendo da'particolari, troviamo con una enunciazion generale detto nelle leggi: *Placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere* (1). Quindi nel parlar noi della capacità dell' erede al tempo del testamento, mirando alla eccezione delle istituzioni condizionali, la dicemmo non *egualmente*, ma *quasi* del pari necessaria, che la capacità del testatore (2). Nel nostro caso, per venire alla differenza, anche il principio è ottimo. Al tempo del fatto testamento la sostituzion pupillare non soggiaceva ad alcun dubbio. Laonde i nostri argomenti procedon costantemente dal difficile al facile.

§. XV.

---

(1) *L. 4, D. De regula Catoniana.*
(2) *Parte III, §. III.*

§. XV. Decisione della nostra causa in più leggi, nella materia appunto della sostituzion pupillare.

Quella, ch' è conseguenza spontanea del sistema fin quì esposto, è verità sanzionata espressamente da testi bellissimi, la cui materia è appunto la nostra, cioè la sostituzion pupillare. L'uno è di PAOLO: *Si is, qui heres institutus est, filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione, SI TUNC CAPERE POSSIT, cum filius decessit* (1). Ecco il caso. Al tempo della morte del padre, il sostituto pupillare era celibe; ma al tempo della morte del pupillo, la legge Papia e Poppea non più il riguardava. L'impedimento già scorso *nihil oberit ei in substitutione*, fu la decisione del giureconsulto. DIONIGI GOTOFREDO ne domanda la ragione: *Cur?* E rispondendo a se stesso, se la dà qual noi di sopra l'abbiamo data. *Pupillaris substitutio conditionalis est. L. 1, sup. eod. In dispositione autem conditionali inspicitur tempus exsistentis conditionis. Capacitas substituti spectatur tempore cedentis conditionis.* Il POTHIER senza brigarsi della condizione, ne dà per ragione quella, ch' è la ragion della condizione, cioè che la morte del pupil-

---

(1) *L. 11, D. De vul. et pup.*

pillo, non la morte del padre, è il tempo dell' effetto della sostituzion pupillare, ossia della deferita eredità del pupillo. *Qui per leges caducarias hereditatem, ex qua instituuntur capere non possunt, ii nec possunt capere hereditatem impuberis. AN AUTEM TALIS QUIS FUERIT, TEMPORE DELATÆ SUBSTITUTIONIS PUPILLARIS INSPICITUR* (1). Ed il nostro italiano ALESSANDRO TARTAGNI, non men famoso, e più vecchio de' lodati annotatori del Diritto Civile, somma così la citata legge: *Capacitas substituti consideratur secundum tempus, quo cedit dies substitutionis* (2).

Qual mai è la differenza dal caso di PAOLO al nostro? La incapacità del sostituito era ostacolo per lui alla morte del sostituente; ma poichè si trovò cessata all' apertura della sostituzione, l' effetto non ne fu impedito. Il supposto divieto della pupillare era di ostacolo per D. Niccola Folgori, alla morte del Marchese suo fratello; ma poichè si è trovato cessato alla morte del nipote, l'effetto della sostituzione non debbe esserne impedito.

Nel testo di PAOLO abbiam veduta la incapacità del sostituto pupillare, alla morte del sostituente, non esser d'im-

---

(1) *Pand. Just. De Vulg. et pup. Num. XLV.*
(2) *In corpore glossato.*

d' impedimento alla sostituzione. Veggiamo ora in più testi di altri giureconsulti, non esserlo neppure la incapacità del sostituente, al tempo medesimo di sua morte. Supponsi morto prigioniere fra nemici un padre, dopo aver fatto testamento in patria, sostituendo al figliuolo impubere. Ecco il padre morto in istato d' incapacità. Supponsi indi morto in città il pupillo. La legge Cornelia viene in soccorso della sostituzione, e la eredità pupillare si deferisce al sostituito. Così GIULIANO nella legge XXVIII, *D. De vulgari et pupillari substitutione*; così PAPINIANO nella L. X, al principio, *De captivis*. Ragione del primo, perchè se il padre non fosse caduto in mano a' nemici (avvenimento, che la legge Cornelia ha per cancellato), il sostituto sarebbe del pari succeduto: *perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset*. In questo caso, da cui si toglie la simiglianza, niuno impedimento vi sarebbe stato all'effetto. Dunque neppure nell' altro. La ragione di PAPINIANO in diversi termini è la stessa: *quoniam pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est*, per l' anzidetta finzione della legge Cornelia. Quindi *substitutio suas vires necessario tenet*. SCEVOLA nella L. XXIX, *De vulgari et pupillari*, accenna lo stesso caso, aggiugnendovi circostanze, che non ne alterano la idea essenziale; cioè che il figliuolo caduto anch'egli
in

in prigionia dopo il padre, indi dopo anche la morte del padre, *in civitate decedat*; e il risolve medesimamente a pro della sostituzione.

Tutti gli allegati testi di PAOLO, di GIULIANO, di PAPINIANO, di SCEVOLA, che nettamente cancellano, come *tempo medio*, quello della morte del padre, nella materia appunto della sostituzion pupillare; e tutta rimettono la forza di essa al tempo della sua apertura, ossia al tempo dell' effetto, posson servire a tirarci sopra la taccia di una prolissità ambiziosa, quasi per sola vaghezza di dissertare, avessimo presa una lunghissima via a colà giugnere, dove di botto ci avrebbero essi menato. Ma in una causa di tanta importanza era bene far vedere, come la bramata decisione non è una verità isolata, ma è collegata con quanto vi ha di analogo nel diritto, sicchè non è possibile rintuzzarla senza convellere un intero sistema, di cui ella è un semplice corollario. Prima nondimeno di passare avanti, bisogna far motto di qualche difficoltà, che si fa sulle ultime allegate leggi.

§. XVI.

§. XVI. Obbiezioni sull' applicazione delle ultime citate leggi.

Il caso (dicesi) del padre trapassato fra' nimici offre in apparenza una incapacità del sostituente al tempo della sua morte; ma tale incapacità svanisce al riflettersi, che la legge Cornelia, sulla quale son fondate le decisioni de' citati giureconsulti, fingeva morto il prigioniero al momento, che precedè la sua cattura. La incapacità vera è quella dell' erede sostituito nel caso di Paolo, incapacità esistente al tempo della morte del padre, e cessata avanti la morte del figliuolo; la quale non ha che fare colla spezie della causa, perchè niuno ha preteso, che la persona di D. Niccola Folgori fosse mai incapace; ma soltanto si sostiene, che la cosa, cioè la sostituzion pupillare, fosse vietata, quando il sostituente morì.

In primo luogo la finzione della legge Cornelia era fondata sopra quella verità, ch' è il principio di tutto il nostro sistema, cioè che la cattività non impediva, che il testamento del prigioniero sortisse il suo effetto, perchè la prigionia non toglieva, ma sospendeva soltanto al prigione i suoi diritti e 'l suo patrimonio. Questa verità faceva utile la finzion della legge. Si fingeva un' anticipata morte avanti la prigionia, perchè la morte ve-

vera nella prigionia non era di alcun ostacolo all' effetto del testamento; come non lo era la morte del mentecatto, la morte dell' interdetto, la morte del muto-lo-sordo, purchè il testamento fosse stato fatto prima della sopravvenienza di queste sciagure. Ma valeva la stessa finzione, se il testamento si fosse fatto presso i nemici? e trasportavasi il testamento, come la morte, all' istante, che precedè la cattività? Oibò. La finzione della legge non giugneva a tanto. La ragione dipende dalla diversità de' principj, che regolavano i due tempi. Il tempo abile nel farsi il testamento si richiedeva, *ut actus constaret*, e per rimuovere il vizio del cominciamento, che si comunicava a tutto il resto. Questo nella persona del testatore era principio indispensabile. Il tempo abile nella morte del testatore si richiedeva, *ut effectum* (*testamentum*) *haberet* (1). E poichè tale effetto poteva, secondo i casi, essere e non essere impedito dallo stato delle persone al tempo della morte, perciò la regola del secondo tempo sofferiva le eccezioni, che abbiamo scorse.

In secondo luogo, come ci si puote opporre da chi ci ha opposta la differenza tra incapacità di persone e di-

(1) *L.* 49, §. 11, *D. De heredibus instituendis.*

e divieto di cosa, che nella causa non si tratti della incapacità dell' erede? Ma non si tratta neppure della incapacità del testatore. L'una e l'altra incapacità nel nostro sistema, o per meglio dire, nel sistema de'grandi giureconsulti, come Merlin, Chabot ec. sono scala a risolvere il punto del divieto della cosa; e sotto questo riguardo così bene si argomenta dalla incapacità del testatore, come da quella dell' erede, ed ottimamente da entrambe. La incapacità del testatore al tempo della sua morte allora si calcola, quando impedisca l'effetto della disposizione, come in chi ha perduti i diritti civili; non si calcola, quando non lo impedisca, come in chi ha perdute soltanto le facoltà naturali. La incapacità dello erede al tempo della morte del testatore si calcola nelle istituzioni pure, perchè impedisce l' effetto della disposizione, ossia la delazion della eredità; non si calcola nelle condizionali, perchè in queste l' effetto è allontanato al tempo della condizione. Così il divieto della disposizione, allo stesso tempo della morte del testatore, si calcola nelle istituzioni pure, poichè tal divieto toglie la possibilità dell' effetto, il quale è attaccato al tempo della morte; non si calcola nelle condizionali, purchè al tempo della condizione possa l' effetto aver luogo, cessato il divieto. Anzi da questo parallelo si vede, che il divieto della disposizione ha più analogia col-

colla incapacità dell' erede, che con quella del testatore; poichè la disposizione dura e si prolunga al tempo avvenire, come la vita dell' erede, il che non avviene della vita del testatore, che muore. E se abbiamo unito l' argomento della incapacità del testatore a quello della incapacità dell' erede, è stato per esporre il sistema in tutta la sua interezza; e per far vedere, che comunque si guardi la cosa, la ragione della nostra pupillare è salva. Compimento poi e corona del sistema intero è quel, che abbiamo veduto delle *disposizioni vietate*, le quali si fanno utilmente, ancorchè i tempi e del fatto testamento e della morte del testatore sieno avversi; purchè si tratti di disposizioni condizionali, che si vengano a verificare, cessato il divieto. Il nostro sistema dunque abbraccia tutto, e argomenti diretti ed indiretti, e dimostrazioni ed analogie. Il suo vantaggio è, che non bastano a convellerlo difficoltà parziali (le quali per altro anche tutte si risolvon partitamente); ma sarebbe uopo distruggere l'insieme di tutte le parti, che il formano; il che ci sembra impossibile, senza distruggere tre quarti della giurisprudenza e del diritto.

SEZIONE II.

Supposta tuttavia vietata la pupillare dal Codice Civile, se ne tratta, come di disposizione del figliuolo.

§. XVII. Passasi a considerar la pupillare nella sua qualità specifica.

Da una generica qualità della sostituzione pupillare, cioè dal dovere avere ella il suo effetto, non alla morte del padre, ma sì bene a quella del pupillo, considerandola come testamento paterno, e come riguardante la paterna eredità, abbiam dedotta la utilità della nostra sostituzione. Da una qualità specifica della stessa disposizione, cioè dal doversi ella riferire al figliuolo, e non al padre, ricaveremo lo stesso; e ciò supponendo tuttavia vietata la pupillar sostituzione dal Codice Civile francese.

§. XVIII.

§. XVIII. Antica controversia, se la pupillare costituisse un secondo testamento, distinto da quel del padre.

Nella disposizione, che il padre faccia per se e pel figliuolo impubere, le leggi riconoscono e distinguono due testamenti, due eredi, due eredità.

I. In quanto all' essere la pupillare un secondo testamento, proprio del pupillo, fu già sentenza de' Proculiani, combattuta nondimeno da' Sabiniani. Faceva per la opinione de' secondi l' unità dell' autore, ch' era il padre; l' unità della forma, potendo la doppia istituzione contenersi in una sola scrittura, senza bisogno di raddoppiare nè il numero de' testimonj, nè le altre solennità (1) (ragione unica, che adduce Teofilo in giustificazione del testamento unico (2)); la dipendenza in fine, che la sostituzione pupillare aveva dal testamento paterno, non potendo reggere, nè se il padre non avesse istituito a se un erede, nè se tale istituzione, tranne il caso dell' inofficioso testamento (3), non regges-

(1) *L.* 20, *D. De vulg. et pup.*

(2) *Paraphras. Institutionum. Tit. De pupillari*, §. 2.

(3) Vinn. *ad* §. 5 *Instit. De pupill. subst. Num.* 4.

gesse; il che appunto la fe chiamare *seguela* e *parte* del testamento paterno (1). Nasceva da queste cose, che una sola falcidia si detraesse da' beni del padre e del figliuolo, presi insieme (2); che vi fosse diritto di accrescere fra'legatarj delle prime e delle seconde tavole (3); che ne' legati delle seconde tavole il *giorno cedesse* dalla morte del padre, non del pupillo (4); che l'erede necessario del padre fosse anche necessario al figliuolo (5).

Questi son gli argomenti del testamento unico, indicati da Francesco Ottomano, ed a lungo spiegati da un de' nostri dotti contraddittori. I Proculiani però con più forti argomenti, che a noi lice solamente indovinare, poichè la serie della disputa non ci è pervenuta, sostenevan l'opposto. L'autore è uno (ci par di udirgli), ma il padre rappresenta due persone, la sua e quella del figliuolo. La forma può in vero essere unica, il

 che

(1) *L.* 38, *D. De vulg. et pup. Inst.* §. 5, *De pupill.*

(2) *L.* 11, §. 5, *D. Ad L. Falcidiam.*

(3) *L.* 34, §. 10, *D. De Leg. I.*

(4) *L.* 1, §. 7, *D. Quando dies legatorum cedat.*

(5) *L.* 10, §. 1, *D. De vulg. et pup.*

che si spiega col fine di facilitare al padre la sostituzion pupillare. Ma come si spiega, senza il doppio testamento, la doppia forma, potendosi, *suo testamento perfecto, alia hora filio testamentum facere* (1); e potendosi farlo eziandio in modo diverso, *sibi per scripturam, filio per nuncupationem* (2)? Dove mai è, che un cittadino romano, non militare, potesse morire con due testamenti? Talchè Pomponio, dopo aver parlato de' due testamenti in due tempi diversi, *alia hora*, quasi con maraviglia soggiugne: *Nihilominus id valebit*, cioè il pupillare fatto di poi, *et tamen patris testamentum ratum manebit* (3). Più. La chiusura e l'apertura eran diverse, anche quando in una medesima scrittura si unisser le due disposizioni. Potevano infatti e solevano i testatori scriver la pupillare *separatim*, *in inferioribus partibus, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare*; ordinando nella parte superiore, *ne inferiores tabulæ, vivo filio, et adhuc impubere, aperirentur* (4). E lo stesso Pretore, ancorchè il divieto della con-

(1) *L.* 16, *D. De vulg. et pupill.*
(2) *L.* 20, *eod.*
(3) *Cit. L.* 16, §. 1.
(4) §. 2, *Inst. De pupill.*

contemporanea apertura non vi fosse, di sua autorità (*nisi causa cognita*) la impediva (1). Anzi Gajo nei frammenti, che ci son rimasi delle sue *Istituzioni*, fuori del corpo del diritto, sembra fare una necessità della separata chiusura e della separata apertura della disposizion pupillare, anche quando il testatore la facesse *in ima cera. Sed pupillaris substitutio ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitæ pupilli aliquas substitutus insidias moliatur* (2).

Ma quel, che porge inespugnabili argomenti della duplicità del testamento, si è la materia e la sostanza della cosa; poichè due sono le istituzioni, che si formano; due gli eredi, che si nominano; due le eredità, che si danno (3); due le morti, che si attendono; due le adizioni, che si fanno (4). Nella istituzione, che il padre fa a se, si tratta della eredità del padre, e quì consiste il testamento paterno. Questa eredità si deferi-

---

(1) *L.* 8, *D. Quemad. testament. aperiantur.*

(2) *Lib. II, tit. IV,* §. 2. *Apud* Schultingium, *in Jurisprudentia ante-Justinianea.*

(3) La doppia eredità sarà dimostrata poco appresso.

(4) *L.* 2, §. 1, *D. De vulg. et pup. L.* 11, §. 1, *Ad SC. Trebell.*

sce alla morte del padre, nè si attende altro tempo per adirla. Nella sostituzione, che fa il padre al figliuolo, si tratta della eredità di costui; e quì consiste il testamento dell' impubere. Questa seconda eredità si deferisce alla morte del figliuolo, nè si puote adir prima. Che più? Il linguaggio tecnico degli antichi giureconsulti era per o doppio testamento. *Testamentum principale et testamentum pupillare*, *primæ et secundæ tabulæ*, eran le espressioni, con cui si truovano abitualmente nei libri del diritto indicate le due istituzioni (1). Che se unica falcidia si detraeva da entrambe le eredità, se vi era diritto di accrescere fra i due testamenti ecc. è da ripetersi questo o dal favor del pupillo, o dal non esservi alcun suo pregiudizio. Questi e forse più dovevano esser gli argomenti, che i Proculiani a' Sabiniani opponevano.

§. XIX.

---

(1) *L.* 2, *princ. et* §. 4; *L.* 38, *L.* 43, *D. De vulg. et pup. Et alibi passim.*.

§. XIX. Bella conciliazione delle due opposte sentenze.

A GIUSTINIANO parve sì ardua la quistione, che non volle deciderla (1); e se ne spedì con un temperamento, che il dimostra abbastanza propenso all' un de' due partiti, dicendo: *Igitur in pupillari substitutione, secundum præfatum modum, ordinata, duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset* (2). Ma i dispareri si conciliano in nostro pro, d' un modo, per chi nol sa, maraviglioso e inaspettato. Udiamolo dalla bocca autorevole di UGON DONELLO, il quale dopo toccata la controversia ne' due sensi, ci avverte in prima della ragione della sua importanza; indi c'istruisce della sua vera soluzione. *Neque vero ad rationem tantum verborum explicandam utile est intelligi, duo hic esse et dici testamenta, et rursus unum, quod sit duplex; sed in primis ad rem et certos effectus juris pertinet. Huc enim spectat, et ita acceptum est a veteribus, ut* PROUT EXPEDIT, AUT NON NOCET TABULIS PUPILLARIBUS, *modo hae habeantur pro testamento patris, mo-*

 do

(1) *AULIS. De vulg. et pupill. Quæst. I, pag.* 208.
(2) §. *Igitur. Inst. De pupill.*

do pro testamento impuberis, postquam pro utroque accipi possunt diversis rationibus (1). Dunque sarà unico testamento, saran due testamenti, secondochè più giovi alla sostituzion pupillare. E ciò detto, passa il grande uomo a far vedere, come la maggiore utilità della causa pupillare è il costante principio, che in tutto il diritto produce le varie e in apparenza contrarie decisioni sopra tal punto. Similmente il nostro DOMENICO AULISIO in questa quistione, dopo allegata una massima di ULPIANO, che chi tende ad allontanare la sostituzion pupillare, *impugnat utilitatem pupilli* (2), ne inferisce: *Ex quo juris principio factum est, ut substitutio pupillaris modo habeatur pro testamento patris, modo pro testamento filii*, UT NIMIRUM MAGIS IPSI PUPILLO CONDUCIT ET UTILE EST, QUOD ACCURSIUS *pallium vertere dixit* (3). Or se il maggiore utile della sostituzione pupillare è quello, che ne' varj casi determina a dirla testamento del padre o del figliuolo; è chiaro, che nella nostra causa la sostituzione ordinata

(1) *Commentar. juris civ. lib. VI, cap. XXV, num. XXIX.*

(2) *L. 42, D. De adquir. vel omitten. hered.*

(3) *De vulg. et pupill. Qu. II.*

ta dal Marchese D. Ferdinando Folgori dobbiamo dirla tèstamento del figliuolo, per aggiugnere ai primi un nuovo argomento da schivare la malintesa difficoltà, che ci si fa sul tempo della morte del padre.

§. XX. Due eredi, l' uno del padre, l' altro del pupillo.

II. Non solo due testamenti, ma due eredi, e non pur moralmente, ma fisicamente eziandio. *Substituere possumus tam heredem, quem nobis instituimus, quam alterum* (1). E qualora un solo fisicamente fosse l'erede del padre e del figliuolo, poteva quegli in certi casi, per esempio un secondo figliuolo, come dice PAPINIANO, *hereditatem patris recusare, fraternam autem retinere* (2); il che non è lecito all' erede unico, trattandosi di una stessa eredità, perchè non puote egli parte accettarne, parte ripudiarne. *Vel omnia admittantur, vel omnia repudientur.* Tanto l' erede del padre era diverso per diritto da quel del pupillo, che chi non poteva prendere il solido dal padre, come la moglie, il

 pren-

(1) *L.* 1 §. 2, *D. De vulg. et pup.*
(2) *L.* 12, *eod.*

prendeva dal pupillo (1). La legge di PAPINIANO, ed ogni altra pruova del doppio erede, pruova eziandio la doppia eredità; siccome quel, che pruova la doppia eredità, pruova il doppio erede; e queste due proposizioni son vere a tutto rigore. Veggiamolo nondimeno anche distintamente della eredità, tra perchè servirà ciò a confermare il doppio erede, e soprattutto perchè la duplicità della eredità è quella, che maggiormente c'importa, menando ella al nostro assunto per la via più corta e più chiara.

§. XXI. Due eredità.

III. GIUSTINIANO, da cui con certa titubazione e con un *quodammodo* udimmo dire, i testamenti esser due, *alterum patris*, *alterum filii*, si ripiglia di botto, e soggiugne, come proposizione indubitata: *At certe unum testamentum est duarum causarum*, *sive duarum hereditatum* (2). E non è questa una nuova sanzion di GIUSTINIANO; era ella antica dottrina professata

(1) *L.* 6, *D. De vulg. et pup.*
(2) §. 2, *Inst. De pupill.*

sata dagli stessi Sabiniani. Le sette nelle scuole del diritto eran cessate fin da' tempi di ANTONINO PIO, nel secondo secolo dell' era cristiana (1). Eran seguiti i giureconsulti erciscundi, de' quali niuno era addetto ad una setta, ma ne' varj punti controversi ciascun sentiva dove co' Sabiniani e co' Cassiani, dove co' Proculiani e co' Pegasiani, e dove teneva un medio fra gli opposti pareri: ULPIANO non era indifferente per SABINO, suo autor prediletto, sul quale aveva scritto un lungo comento; e nella quistione dell' uno o de' due testamenti, si era dichiarato per lui. Odasi dunque, com' egli parli della eredità, risolvendo la quistione, se la vendita della eredità di un padre, fatta dall' erede del padre ed insieme anche pupillar sostituto, includa anche i beni dell' impubere. La quistione non poteva esser più legata colla nostra. *Illud potest quæri, si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendidit, pervenit, ex empto actioni locum faciat. Et magis est, ne veniat, QUIA ALIA HEREDITAS EST. Licet*

(1) *Vid. Hist. chronolog. Juris, præfixam Corpori Juris, cura DIONYS. GOTHOF. et POTHIER in Prolegomen. ad Pand. Justin.*

cet enim unum testamentum sit, *alia tamen*, *atque alia hereditas est* (1). Vedete nel *licet unum testamentum sit*, il seguace di SABINO? Dunque anche secondo SABINO eran due le eredità. Notisi, che il testo di ULPIANO è tratto dal suo libro XLIX sopra quel capo di scuola.

Lo stesso ULPIANO in altra sua opera, cioè nelle *Disputazioni*, disamina un'altra quistione, se fosse obbligato il pupillar sostituto a pagare i debiti del padre, quando il pupillo, a cui era egli succeduto, si fosse astenuto dalla paterna eredità. GIULIANO aveva opinato, che si. MARCELLO lo aveva ripreso (*sententia a MARCELLO notata est*), perchè tale opinione tendeva ad intimorire il sostituto pupillare, e ad indurlo a ripudiare la pupillare eredità; e quì è la bella massima, che giova aver presente in tutta questa causa, *impugnat utilitatem pupilli* chi cerca far vana la sostituzion pupillare. *Impugnat enim utilitatem pupilli*, *qui ipse saltem potest habere successorem*; *metu enim onerum patris*, *timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit*. ULPIANO dopo mentovate le contrarie opinio-

(1) *L.* 2, §. 2, *D. De hereditate vel actione vendita.*

nioni, si soscrive a MARCELLO (1). Notisi. Che il pupillo avesse una eredità sua propria diversa da quella del padre, è un punto, dove convenivano GIULIANO, MARCELLO ed ULPIANO, perocchè il primo di questi giureconsulti ammetteva, che il pupillo si fosse bene astenuto; e GIULIANO era del tempo delle sette, ed apparteneva a quella di SABINO (2). MARCELLO ed ULPIANO vollero di più, che le due eredità si tenessero distinte anche presso il pupillar sostituto; ed a questa sentenza GIUSTINIANO diè forza di legge.

Il principe degli antichi giureconsulti, PAPINIANO, la sentiva similmente, che il suo compagno ULPIANO. Accennammo la sua decisione nel parlare del doppio erede. Un de' due figliuoli era chiamato alla eredità e del padre e del fratello, cui pupillarmente era stato sostituito. Voleva ricusare la paterna eredità, e ritener la fraterna. Si quistionò, se dovesse essere ascoltato. Rispose il giureconsulto: *Audiri debet. Justius enim prætorem facturum existimo, si fratri separationem (bonorum) patris concesserit: etenim jusdicenti pro-*

 po-

(1) *L. 42, D. De adquir. vel omitt. hereditate.*

(2) Vedi la Stor. cronolog. del diritto, di sopra citata.

positum est, liberos oneribus hœreditariis non sponte susceptis liberare; non invitos ab hereditate removere; præsertim, quod remotis tabulis secundis, legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata dumtaxat ex secundis tabulis præstari debent, habita ratione facultatum in Falcidia, non patris, ut alias solet, sed impuberis (1). In tutto questo discorso distingue PAPINIANO, e mette in opposizione tra loro le due eredità; conchiude finalmente per la separazione. È notabile su questo testo, che il giureconsulto si occupa della Falcidia, e la riduce alla sola eredità pupillare. Il che dimostra quel, che di sopra vedemmo, che se ne' casi ordinarj si cumulano le due eredità per dedurne una legittima sola, e fra entrambe si dà diritto di accrescere, è per una semplice eccezione, poichè separate le medesime, tutto torna alla regola.

Ma quel, che non meno, e forse più delle dette cose, dimostra la doppia eredità, è la facoltà di sostituire pupillarmente al figliuol diredato. *Apparet hoc luculentius*, dice il VINNIO, *in substitutione exheredati* (2). Quì la cosa stessa parla da se. Che avean di comu-

(1) *L.* 12, *D. De vulg. et pup.*

(2) *Ad* §. 2, *Inst. De subst. pupill. L.* 1, §. 2, *D. De vulg. et pup.*

mune in questo caso i beni del figliuolo con quei del padre?

È bello vedere, come su questo punto, al pari che in altri molti, si dividon tra loro i nostri avversarj. Pretende alcuno, che la sostituzion pupillare si verifichi veramente nel solo caso del figliuol diredato, perchè ivi non può negare le due eredità. Sostiene altri, che i beni del diredato eran *res mancipi del padre*, *et in ejus quiritario dominio*, per inferirne, che sempre fosse una la eredità. La loro discordia risponde abbastanza per noi a ciascuno di essi. Ma non è difficile ravvisare il volontario errore di entrambi; volontario, perchè sono eglino sì saggi, da vederlo meglio di noi. Errore è l' attribuire al padre il dominio de' beni proprj del diredato. La patria potestà, da cui quel dominio veniva, si scioglieva colla morte (1). Come dunque poteva il padre dirsi padrone de'beni acquistati dal figliuolo dopo la morte? Più. Dopo introdotta la distinzion de'peculj, come potevan dirsi del dominio del padre i beni proprj acquistati dal figliuolo, vivente anche il padre? Errore è il ridurre la forza della sostituzion pupil-

 lare

(1) *Princ. Inst. Quibus modis patria potestas solvitur.*

lare al caso dell'impubere diredato. Questo poteva essere il caso d'un padre stravagante e inumano, indegno del paterno potere; ed era non il principio della cosa, ma una delle sue conseguenze. Perchè il padre dava l'erede allo erede *suo*; perciò il sostituto prendeva anche i beni proprj del figliuolo. Ma quando prendeva i beni provegnenti dal padre, gli prendeva non come del padre, ma dello stesso figliuolo. *Neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis*. Così nettamente ULPIANO (1). Ed altrove lo stesso giureconsulto: *Si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte; et ego patris hereditatem repudiavero, neque filii hereditatem habere possum* (2). Quì non si tratta di figliuol diredato, nè di altri beni del figliuolo, che de' provegnenti dal padre. Eppure la parte de'beni paterni venuta al figliuolo chiamasi *eredità del figliuolo*, in contrapposizione di quella del padre. Questo caso di ULPIANO è simile a quel di PAPINIANO sopra allegato; le circostanze però eran diverse, e però ULPIANO quì niega quella separazione, che nel caso di PAPINIANO vedemmo conceduta. Non ostante però la varietà delle circostan-

(1) *L.* 10, §. 5, *D. De vulg. et pup.*
(2) *Cit. l.* 10, §. 8.

stanze, in ambi i luoghi la eredità pupillare è contrapposta alla paterna.

In oltre confermano la doppia eredità le due morti, che si dovevano attendere, e le due adizioni, che si dovean fare; cose, che toccammo di sopra nel parlare del doppio testamento; e che per la doppia eredità sono per necessità concludenti.

Laonde, per terminar questo punto con GIUSTINIANO, col quale il cominciammo; è proposizione antica ed inconcussa quella del lodato legislatore: *At certe unum testamentum duarum caussarum, sive duarum hereditatum.*

§. XXII. Corollario di ciò, che si è detto in questa seconda sezione.

La conseguenza al nostro uopo di queste osservazioni è facilissima. Perchè si attende ordinariamente nelle testamentarie successioni il tempo della morte del testatore? Perchè quella è l'epoca, in cui il testamento fa legge; perchè allora comincia il diritto dell'erede; perchè allora gli si deferisce la eredità; perchè allora d'ordinario è il tempo dell' effetto delle disposizioni del testatore. Ora la sostituzion pupillare è il testamento del figliuolo, diverso da quel del padre, sempre almeno, che

la fermezza della sostituzion pupillare il richiegga; in essa il sostituito è l'erede del figliuolo; e la eredità, che gli si deferisce, è la eredità di costui. Dunque il tempo della morte del pupillo è quello, che fa uopo attendere: ed il tempo della morte del padre è incluso ne' tempi medj, de' quali tante volte si è detto, che non fan nocumento.

Il simil diritto stabilisce lo stesso Cod. Civile nella materia delle sostituzioni fedecommessarie, le quali, se diverse dalla pupillare, come si dimostrerà, hanno però con essa qualche analogia nel punto, dove siamo. Dopo permessosi negli articoli 1048 e 1049 il sostituire al figliuolo, al fratello, alla sorella, si dice nell' articolo 1053: *I diritti de' chiamati saranno aperti all'epoca, in cui, qualunque ne sia la cagione, cesserà il godimento del figliuolo, del fratello o della sorella gravata*. Il diritto dunque di chi viene a succedere ad un altro, comincia sempre dopo la morte di questo altro. Tal morte decide di quel diritto, e quindi ne decide il suo tempo.

§. XXIII.

§. XXIII. Raccapitolazione di tutto l' ipotetico di questa difesa.

Raccolghiamo la parte ipotetica della presente quistione, cioè quella che suppone il divieto della pupillare nel tempo della morte del testatore. Questo tempo, per regola, comunque vizioso, non è d'impedimento, se non quando l'effetto del testamento sia a tal tempo immediatamente attaccato. Allorchè poi l' effetto dipende da un tempo diverso, questo è quel tempo, cui bisogna por mente, non quello della morte del disponente. Perciò nelle istituzioni condizionali s' attende il tempo dell' evento della condizione, o che si tratti d'incapacità di persone, o di semplice divieto di cosa. Anzi nelle disposizioni condizionali, che conducono al tempo, in cui la disposizione possa avere il suo effetto, neppure il tempo della loro ordinazione viene in calcolo; e sia qualunque la causa, che vizj tal tempo, o la incapacità delle persone, o il divieto della cosa; sulla qual teoria sono stati fondati i più famosi euremi legali; e della quale la nostra causa non ha neppure bisogno, perchè il principio in essa è secondo la legge del tempo. Basta per la medesima, che s' involga nel tempo medio la sola morte di D. Ferdinando Folgori; il che si ottiene, riducendo l'affare alla morte del pupillo,

 o per

o per mezzo della condizione, che allora si è verificata della sostituzion pupillare, o per la considerazione, che l'effetto di essa non ha luogo prima. Tale applicazione de' cennati principj si fa da se alla materia della causa. Ma le leggi la fanno nel modo il più espresso e più efficace. In fatto appunto di sostituzion pupillare non tengono conto del tempo della morte del padre, ma di quella del pupillo, in tutti i casi dove que' tempi sien varj tra loro.

Aggiugnesi in fine a tutto ciò una forza novella dal considerare, che quì non si tratta nè del testamento paterno, nè della paterna eredità, ma del testamento e dell' eredità pupillare; sicchè per la natura propria della sostituzion pupillare, la morte del pupillo è quella, che va attesa, non quella del padre.

Tutta questa parte dunque si riduce al seguente dilemma. Di chi volete, che sia la controversa eredità, del padre, o del figliuolo? Se del padre, è stata data condizionalmente, e la condizione è nella morte del figliuolo. Se del figliuolo, e siamo di bel nuovo alla morte del figliuolo. Dunque questo è il secondo tempo da attendersi, e non mai quel della morte del padre.

SEZIONE III.

Che la pupillare non sia vietata dal Cod. Civ.

. XXIV. Passaggio alla parte positiva della causa.

Ma sien tutte dette ipoteticamente le cose finora toccate, cioè nel supposto divieto della pupillare, al tempo della morte del Marchese D. Ferdinando Folgori. È ora il tempo di appressarci alla verità piena della causa, secondo la quale farem vedere, che il cambiamento della legislazione non abbia unquemai tra noi abolita la sostituzion pupillare; dimostrazione, che dobbiamo ripetere da principj un poco più lontani.

Consisterà ella tutta nel ben distinguere la sostituzion pupillare dalla fedecommessaria, il che faremo, scorrendo il diritto romano, da cui l' una e l' altra ci vengono; e passando poscia al diritto moderno, tanto il puro francese, che sorto colla rivoluzione, e seguitandone l' andamento e le fasi, ha ora distrutto ed ora riedificato; qnanto il nostrale, che n' è un rivolo, ma scevero di tutto il torbido, che ne contaminava la fonte. Vedremo con tal metodo distinte sempre e diverse le due sostituzioni, e presso i Romani e presso i Fran-

Francesi e presso noi, sì e per tal modo, che fia manifesto, dal divieto dell' una non potersi arguire al divieto dell' altra.

§. XXV. Differenze tra la pupillare e la fedecommessaria, in quanto alla natura, alla origine, all' antichità.

È risaputissima la divisione delle sostituzioni in dirette ed oblique. Le dirette sono la *vulgare*, la *pupillare* e la *quasi pupillare*, ossia la *esemplare*. Le oblique sono le fedecommessarie, o universale o particolare. La vulgare si può dire, che insieme colla fazione del testamento, nascesse in Roma; poichè non è altra, se non la istituzione di un secondo erede, in caso, che il primo non possa o non voglia esserlo; e di un terzo, di un quarto ec. in caso, che neppure il secondo, il terzo ec. possano o vogliano essere eredi; talchè credesi comunemente trovarla nelle XII tavole (1). Ella dee la sua origine al desiderio di tener lontana la successione intestata, quasi a dispetto degli eredi testamentarj volontarj, che la rifiutassero; talchè in fine dai Romani si ricorreva, come ad estremo rifugio, alla nomi-

(1) *Heinecc. ad Vinnium, princ. Inst. Sub. num.* 13.

minazione d'un servo, qual necessario erede (1). Tutti i possibili gradi della vulgare non tendono, se non ad avere un erede solo; il che essendo il fine del testare appresso i Romani, fa credere che la vulgare sia tra loro nata col testamento.

Non così la pupillare, la quale si venne a poco a poco introducendo per uso, *nam moribus institutum est* (al dir di TRIBONIANO dietro ULPIANO), *ut cum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possint, parentes eis faciant* (2). Il caso della pupillare è perfettamente il contrapposto di quello della vulgare; poichè, se nella vulgare si suppone, che il precedente istituito non sarà erede, nella pupillare al contrario si suppone, che il sarà, ma muoja in età da non potere a se farne un altro. Di più la vulgare è veramente la istituzione di un secondo, d'un terzo; d'un quarto erede, laddove la pupillare è propriamente una prima istituzione, cioè quella, che il pupillo fa a se per l'or-

(1) *Princ. Inst. De vulg. subst. L.* 30, *D. De vulg. et pup.*

(2) *Princ. Inst. De pupill. subst. L.* 2, *D. De vulg. et pup.*

l' organo del padre; e laddove i chiamati per vulgare vengono in secondo, in terzo, in quarto luogo, il sostituto pupillare viene nel primo. Nella vulgare i sostituiti sono i secondi eredi del padre; nella pupillare il sostituito è il primo erede del figliuolo. Il perchè i dotti osservano, che la sola vulgare sia propriamente sostituzione; ma la pupillare non tanto è sostituzione, quanto istituzion prima. *Pupillaris non tam substitutio est, quam institutio prima.* Così il Vinnio (1). E prima il Donello: *In hac substitutione non instituitur pupillo secundus heres, sed primus et solus. Non est autem substitutus, qui primo loco instituitur.* Dunque non è sostituzione per rispetto al pupillo. Neppure per rispetto al padre; *quoniam in hac substitutione non instituitur secundus heres patri, in qua substitutus non est omnino patri heres, nedum secundus.* Per rispetto dunque a chi la pupillare sarà sostituzione? Per rispetto, risponde il grande uomo, all'erede paterno, perchè nominato il primo dal padre. *Nempe ex comparatione heredis paterni, eo quod pater prius sibi heredem institue-*

(1) *Ad rubr. Inst. De vulg. subst.* Merenda, *IV Controv. VI, n.* 12 *et* 13.

tuere debet, deinde secundo loco filio, et non a testamento filii incipere (1). Il nome dunque di sostituzione viene alla pupillare, non dalla sua natura, ma da un puro accidente.

Benchè la pupillare sia meno antica, che la vulgare, è nondimeno anch'ella di rimotissima data, e si vede in uso fin da'tempi della libera romana repubblica. È famosa non meno appo i retori, che i giuristi, la causa del testamento di Marco Coponio, agitata con grandissima contenzione, dinanzi ai centumviri, nella età precedente a quella di Tullio. Furono gli avvocati Lucio Crasso, il maggiore oratore romano, prima di Cicerone, giurisperitissimo fra gli eloquenti, come questi il chiama; e Muzio Scevola dall'altra parte, il più eloquente fra' giurisperiti, al dir dello stesso Cicerone, che in diritto ne fu discepolo; e i cui scritti immortali han conservato alla detta causa quella celebrità, che acquistò, quando fu agitata (2). Coponio aveva sostituito Ma-

(1) *Comment. Jur. civ. Lib. VI, cap. XXV, n. XXVII.*

(2) *De Oratore, I, 39, 57; II, 6, 39. In Bruto, 52. Topic. 10. De invent. II, 42. Juxta Olivet. Adde Quintil. Inst. orat. VII, 7.* Che Cic. fosse stato di-

MANIO CURIO al suo postumo, nel caso, che questi fosse suo erede, ma venisse per avventura a morire nella pupillare età. Il postumo morì prima di uscire alla luce. CRASSO, fondandosi sulla verisimile volontà del testatore, e sulle presunzioni naturali, sostenne, che la sostituzione espressa nel caso della pupillare, contenesse tacitamente la volgare; sentenza, che trionfò, e che di poi passò in legge (1). Laonde la pupillare è antichissima, e precede di gran lunga i fedecommessi, i quali non presero piede prima de' tempi di AUGUSTO.

Ad imitazion poi della pupillare nacque la sostituzione, che sotto gl' Imperadori, si cominciò a fare ai figliuoli mentecatti, se venissero a morire dopo la pubertà, infermi di mente e senza prole. Prima di GIUSTINIANO bisognava ottenerne la permissione in un rescritto imperiale; e tal permissione si truova nelle Pandette conceduta anche per un figliuol mutolo (2). GIUSTINIANO con sua costituzione la fe poscia di diritto comune; ma pel

discepolo in diritto di Q. M. Scevola, *vid.* PRUSTEUM *ad* CIC. *lib. I De Oratore, cap. 7, not. 9, ex recens.* OLIVETI.

(1) *L. 4, D. De vulg. et pupill.*

(2) *L. 43, D. De vulg. et pupill.*

pel solo mentecatto, ad *esempio* della pupillare (1). Per questo accidente, dagli antichi interpreti *esemplare* fu detta, ma più propriamente *quasi pupillare* si addimanda (2).

Questa sostituzione, come ben riflette il VINNIO, dietro l'OTTOMANO, il DONELLO, il GOVEANO ed altri, non forma veramente una terza spezie; ma va riferita alla seconda, come una pupillare per così dire prorogata, fondandosi ella sul caso, che l'istituito diventi erede, ma muoja in istato da non poter testare; caso, ch'è il secondo de' due principali, su cui son fondate le sostituzioni dirette (3). Aggiungono alcuni al numero delle dirette la *breviloqua* e la *compendiosa*; ma queste lungi dall' essere spezie diverse di sostituzioni, son formole e maniere di concepirle, per includervene più d'una (4).

Le fedecommessarie formano il secondo genere; ed han luogo, quando il testatore preghi l'erede, che restituisca ad un terzo o la intera eredità, o una quota ere-
di-

(1) *L. 9, Cod. De impub. et aliis substitutionibus;* §. 1, *Inst. De pup. subst.*

(2) *VINNIUS ad dict.* §. 1.

(3) *VINN. ad rubr. Inst. De vulgari subst. Num.* 4.

(4) *Id. ibid.*

ditaria, o qualche singolar cosa; o pure, quando prieghi il legatario o'l fedecommessario a restituire checchessia. Donde risultano la *universale*, se la restituzion cada sopra la intera eredità, o alcuna sua quota; e la *singolare*, se cada sopra determinati oggetti; alle quali due spezie corrispondono i due titoli delle Istituzioni, *De fideicommissariis hereditatibus*, et *De rebus singulis per fideicommissum relictis* (1).

Or le oblique sostituzioni differiscono dalle dirette non solo nella *natura*, nella *origine*, e nell' *antichità*, siccome vedemmo, essendo divenute legittime ed obbligatorie non prima dell'ottavo secol di Roma; ma eziandio nel *modo* di ordinarle; e quel, ch' è più, negli *effetti* e negli *accidenti*, siccome passiamo a vedere.

§. XXVI.

---

(1) *Id. ibid. N. 2. Et ad princ. Inst. De fideicommissariis hereditatibus.*

§. XXVI. Seguitano le differenze tra la pupillare e la fedecommessaria, in quanto al modo di ordinarle, agli effetti ed agli accidenti.

In quanto al *modo*, le dirette eran concepute con parole *imperative* e *civili*, al dir di Papiniano (1): *Se Tizio non sarà erede, sia erede Sempronio: Se mio figlio muoja prima della età da poter fare testamento, sia erede Gajo*. Le obblique all' opposto eran concepute con parole di preghiera e di domanda, che il testatore diriggeva all'erede: *Prego, domando, desidero, che il mio erede restituisca al tale* (2).

In quanto agli *effetti* essi son grandemente diversi fra le une e le altre. Imperciocchè il proprio delle fedecommessarie consiste nel *gratificare più persone in ordine successivo colla medesima roba* (3); il che non si verifica nè nella vulgare, nè nella pupillare. Non nella vulgare, dove un solo è quegli, che raccoglie il frutto della sostituzione. Non nella pupillare, la quale si fa-ce-

(1) *L. . . De vulg. et pupill.*

(2) *Vinn. ad rubric. Inst. De vulg. substitutione.*

(3) *Repertoire de Jurisprudence — Substitution fideicommissaire.*

ceva anche a' figliuoli diredati, e il patrimonio de'quali era per necessità diverso dal patrimonio paterno. *Non solum liberis heredibus, sed et exheredatis substituere possimus* (1). E pe' figliuoli eredi, abbracciava la pupillare anche i lor beni materni, e tutti gli avventizj e i diversi da' paterni (2). E dove infine il pupillo non lasciasse beni diversi da quei del padre, questi passavano al sostituto ossia all'erede pupillare, come proprj del pupillo, non come del padre, siccome si provò, nel parlare della doppia eredità, che ha luogo nella pupillar sostituzione (3).

Acconcissimo a dimostrare le gran differenze fra la pupillare e la fedecommessaria è un bel testo di PAPINIANO, dove l' acutissimo giureconsulto suppone il caso di una sostituzione, non pupillare, ma fedecommessaria, fatta ad un pupillo dal padre suo. *Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere; legitimum heredem filii, salva Falcidia, cogendum patris hereditatem, ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus da-*

---

(1) *L.* 1, §. 2, *D. De vulg. et pup.*
(2) *L.* 10, §. 2, *eod.*
(3) §. XXI. di questa III parte.

dato, restituere placuit. Nec aliud servandum, cum substitutionis conditio puberem aetatem verbis precariis egreditur. Quæ ita locum habebunt, si patris testamentum jure valuit, alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est. Nec fideicommisso propriae facultates filii tenebuntur. Et ideo si pater filium exhaeredaverit, et ei nihil reliquerit, nullum fideicommissum erit; alioquin si legata vel fideicommissa filius acceperit, intra modum eorum fideicommissum hæreditatis a filio datum, citra Falcidiæ rationem debebitur (1).

La prima differenza è nel modo della ordinazione: *Si filium heredem pater rogaverit . . . . . restituere*. Nella pupillare il padre comanda: Morendo in età pupillare mio figlio, sia erede Sempronio. Ma in ordine agli effetti, ecco quante differenze essenziali. Nel caso della fedecommessaria, il pupillo hà un erede *legittimo*; in quel della pupilare, l'erede del pupillo è testamentario, ed è il così detto *sostituito pupillare*. Nel caso della fedecommessaria l'erede *legittimo* del pupillo *restituisce* il fedecommesso al fedecommessario; in quel della pupillare il testamentario *ritiene* tutto per se. Nel caso della fedecommessaria il pupillo detrae la Falcidia,

(1) *L.* 41, §. 3, *D. De vulg. et pupil.*

dia, e secondo altri luoghi del diritto, anche oltre quella, la legittima; in quel della pupillare non deduce alcuna cosa. Nella fedecommessaria non vengono *propriæ facultates filii*; e quindi non ha ella luogo nel diredato: il diredato nella fedecommessaria restituisce solo in tanto, in quanto egli abbia ricevuto, *intra modum legatorum vel fideicommisorum*. La pupillare fa passare al sostituto quanto abbia il pupillo e di ricevuto e di non ricevuto dal padre. Nella fedecommessaria l'ordinazione del padre può aver luogo anche di là dalla impubertà, *nec aliud servandum*; in quel della pupillare la sostituzione finisce alla pubertà. La fedecommessaria si può bene ordinare con codicillo, o in un testamento invalido, con clausola codicillare; la pupillare ha bisogno di un testamento. Così per diritto romano.

Or se tante e sì gravi sono le differenze reali tra la sostituzion pupillare e la fedecommessaria, bene han fatto i compilatori del diritto romano a non confonderle neppure nel metodo, ed a trattarle separatamente in sedi diverse, nelle varie membra del *Corpo Civile*. Nelle pandette alla vulgare, alla pupillare ed alla quasi pupillare congiuntamente, è consagrato un titolo intero, ch' è il VI del ventottesimo libro (1). Nel Codice si trat-

---

(1) *De vulgari et pupillari substitutione.*

tratta delle sostituzioni ne'titoli **XXV** e **XXVI** del sesto libro. Nel **XXVI** spezialmente si congiungono tutte e tre le dirette (1). Nelle Istituzioni la vulgare ha un titol per se, ch'è il **XV** del secondo libro; la pupillare unita alla *quasi* ha il titolo seguente. Nelle Novelle non si parla particolarmente delle dirette. I fedecommessi han titoli proprj in tutte le dette parti. Ma non solo la trattazione è diversa, il nome anche nel diritto romano è diverso tra le dirette e le indirette sostituzioni; imperciocchè nell'uso di quel diritto, per *sostituzioni*, senz'altra giunta, s'intendono le sole dirette, ed hansi per lo contrapposto de'*fedecommessi* (2). Raccogliendo il fin quì detto, e restringendo le differenze alla pupillare ed alla fedecommessaria, diversificano elle per diritto antico nella *natura*, nella *origine*, nell'*antichità*, negli *effetti*, ne' luogi della lor *trattazione*, e finanche nella comun *maniera* dell'appellarle.

§. XXVII.

(1) *De impuberum et aliis substitutionibus.*

(2) *L.* 6, *§. Titius*, 5, *D. Ad SC. Trebellian. L. Tutores* 39, *§.* 3, *D. De administrat. tutorum*; *L. Cum pater* 77, *§. Volo* 13, *De legatis II. Adde* VINNIUM *ad rubric. Inst. De vulg. subst. Num.* 3.

§. XXVII. Si passa al diritto moderno, sorto dopo la rivoluzione francese. Leggi intermedie. Codice Civile.

Tutto l'esposto è stato fin a' dì nostri il diritto quasi universale della moderna Europa; la quale sulle fondamenta di esso edificò con ingegnosissima architettura, primogeniture, majoraschi, e chiamate perpetue di ogni sorta, da contender colla eternità, se da un immenso casma politico le opere di tanti secoli non fossero state assorte e distrutte. Il cambiamento nel nostro suolo non ci venne prima della occupazion militare francese: ma in Francia cominciò colla rivoluzione.

Già ivi ne' paesi di diritto consuetudinario la sostituzion pupillare era ignota (1). Era in vigore nondimeno ne' paesi di diritto scritto. Ma dopo i primi tempi della rivoluzione, e dopo i decreti della *Convenzion nazionale* de' 23 di agosto, de' 25 di ottobre e de' 14 di novembre dell' anno 1792, *tutte le diverse specie di sostituzioni* vi cominciarono a venir meno (2). Ma dal

(1) *Repertoire universel de jurisprudence — Substitution, §. II, num. XV.*

(2) *Chabot de l'Allier, Questions transitoires sur le Code Nap. — Substitution, pag.* 262. (Ed. di Parigi, 1809).

dal 1793 le cose andaron più lungi; la rivoluzione divenne di giorno in giorno più furiosa; nè vi ebbe cosa umana o divina, che non ne fosse conculcata. Come le leggi corrispondono a' costumi, non sarà fuor di proposito l'esporre quì di passaggio una dipintura di quei tempi infelici, per vedere *a priori*, quanto distruttive di ogni diritto abbian dovuto essere le così dette leggi di allora. Questo ritratto è d'un autor celebre, e non sospetto, il quale avendo nella sua lunga vita, menata tutta tra i *filosofi* del secol XVIII, veduti prima i bei giorni della Francia, giunse a vederne i più tristi in tutto il primo decennio della rivoluzione. La importanza del suo oggetto, molto maggiore di quella della causa, farà per avventura gradire, non che tollerare, un episodio, che forse è più lungo del dovere.

» Addì 21 di Gennajo 1793 (1), cominciò e do-
» vè cominciare nella Francia il regno del terrore. Par-
» ve, che si concepisse il vasto ed infernal disegno di
» depravare il popolo in corpo, di associare i vizj ai
» delitti, di *propagare i cattivi costumi colle cattive*
» *leggi*, e di far verificare nella general corruttela, quan-
» to si attribuisce di peggio al genio tenebroso dell'uman
» ge-

(1) Giorno nefando del regicidio.

» genere. I dommi religiosi, la credenza in un Dio, il
» pensiero d'una vita futura potevan ritenere l'uomo
» sul pendío del vizio; *l'autorità de' padri* potea re-
» primere i figliuoli; la morale co' suoi principj di uma-
» nità, di equità, di pudore, poteva rigenerare le razze
» corrotte. Quindi il progetto di depravazione fu formato
» sotto tutti questi riguardi. Noi udimmo proclamare la
» incredulità, la bestemmia; noi vedemmo il liberti-
» naggio affettare il disprezzo di un Dio, il sagrilegio
» insultare agli altari, e'l delitto insuperbirsi della spe-
» ranza del nulla (1). Noi vedemmo spezzarsi tutti i
» vincoli di subordinazione formati dalla natura; *i fi-*
» *gliuoli fatti dalle leggi indipendenti da' padri basta-*
» *va, che agognassero la loro morte, per esser sicu-*
» *ri, senza il lor beneplacito, e ad onta del loro vo-*
» *lere, di parteggiarsi le loro spoglie* (2). Il nodo con-
» ju-

---

(1) Il grande storico di Roma attribuisce ancora egli i vizj e i disordini, che inondarono gli ultimi tempi della republica, al disprezzo della religione: *Post hanc philosophiam spernentem Deos etc.* Ed altrove: *Nondum hæc negligentia Deûm venerat etc.*

(1) Uno degli ordinarj effetti delle rivoluzioni popolari si è, *ut privata domus vacet dominatione .... ut*

» jugale era ancora un mezzo da perpetuare le dome-
» stiche virtù, e da tenere insieme l' uno all' altro av-
» vinti i consorti co' lor figliuoli. Or si fece, che que-
« sto legame divenisse fragile a volontà; ed il matri-
» monio non altro fu, che una passeggiera compagnia,
» dal libertinaggio, dal capriccio e dalla incostanza
» or formata ed or disciolta a piacere. L' onestà final-
» mente, la pubblica fede, la decenza, il rispetto ver-
» so se stesso e verso l' opinione, la venerazione inspi-
» rata dalla santa immagine della virtù, offerivano tut-
» tavia un punto di unione agli animi capaci de' moti
» del pentimento e delle impressioni dell' esempio. Tut-
» to ciò fu anche distrutto. Si professarono, si eresse-
» ro in massime di costumi repubblicani la impudenza
» del vizio, l' audacia (che siegue al rotto freno) del-
» la vergogna, l' emulazione della licenza, sino alla più
» marcia dissoluzione; e il sistema del *Mirabeau* siste-
» ma depravatore di una intera generazione, parve re-
» gnar

---

ut pater filium metuat, filius patrem negligat, absit omnis pudor; ut plane liberi sint. Così Cicerone, copiando Platone, nella finora desiderata opera *De Republica*, oggi rinvenuta nel Vaticano, e pubblicata in Roma dal Majo, 1822. Lib. I, pag. 109.

» gnar sulla Francia. Così si formò quel colosso di fan-
» go, impastato e conglutinato di sangue, il dispoti-
» smo della rivoluzione (1) ».

In sì universal naufragio de' primarj sostegni della umana società, sarebbe ridicolo il cercare la conserva-zione della sostituzion pupillare, figlia dell' autorità paterna, e custode delle vite innocenti contra le insidie de' malvagi. Le leggi del dì 5 del brumajo, del 17 del nevoso, del 22 del ventoso dell' anno II; del 9 del fruttidoro e del 3 del vendemmiale dell' anno III, del 18 del piovoso dell' anno V, detestate da' buoni fin dacchè nacquero, e di poi da tutti ne' migliori tempi susseguiti, fulminarono di nuovo le sostituzioni di ogni genere. Ma questo è poco, tolsero quasi al tutto la facoltà di testare, restringendola al decimo in linea retta, ed al sesto in linea collaterale; e ciò con una retroattività violenta, che muove, al solo leggerla, la più viva indignazione; e non solo su' testamenti, ma piombarono collo stesso furore sulle donazioni e sugli atti tra vivi, e su tutti i titoli universali (2).

Com-

---

(1) MARMONTEL, *Oeuvres posthumes*, *Memoires*. *Liv. XIX.*

(2) Si vegga CHABOT, luogo di sopra citato, art. *Sub-*

Comparve in fine con migliori auspicj la legge dei 3 di maggio 1803 sulle donazioni e su' testamenti, la qual poi fece parte del Codice Civile de'francesi. E come questa è da noi riconosciuta, perchè parte del Codice stesso, cominciato ad essere in vigore nel nostro regno dal primo di gennajo 1809 (poichè per buona fortuna le leggi intermedie della rivoluzione ci sono al tutto stranie), ci fa quì mestieri di fermarci alcun poco.

§. XXVIII. Diversità di conseguenza per riguardo a'Francesi, e per riguardo a noi, dal silenzio del Cod. Civ. sulla sostituzion pupillare.

Se la odierna giurisprudenza francese non ammette la sostituzione pupillare, non è da inferirsi da ciò, che dobbiamo anche noi rifiutarla. Era ella stata sbandita dalla Francia prima del Codice Civile. Se questo Codice l'ha egli ancora proscritta, il divieto ci è venuto ed è andato via col Codice stesso (nel quale spazio di tem-

---

Substitution, da pag. 362. Art. *Testament.* da pag. 403. Si vegga anche un sensato rapporto del Sig. TRONCHET dell'anno IX, presso lo stesso CHABOT, pag. 406 e segg.

tempo cadde la morte del Marchese D. Ferdinando Folgori), perchè le Leggi Civili attuali ne parlano espressamente. La quistione dunque per questa parte è riposta nel vedere, se il Codice francese l'abbia inclusa ne'suoi divieti, o abbiala ommessa. Nel primo caso fu anch'ella vietata tra noi per oltre dieci anni, e la nostra causa rimane nella parte ipotetica del nostro sistema. Nel secondo è forza dire, che la sostituzion pupillare non sia mai cessata tra noi; perchè quello, che non è oggetto delle leggi nuove è restato così in Francia, come nel regno, sotto l'autorità delle leggi antiche; ed in questo secondo caso, vale principalmente in pro della causa la parte positiva, in cui siamo. Al silenzio del Codice Civile suppliscono in Francia prima le leggi intermedie, di poi le antiche; al silenzio stesso suppliscono tra noi le leggi romane e patrie immediatamente. Veggiamo dunque, se il Codice francese abbia proscritta o taciuta la sostituzion pupillare. Non occorre parlare della nostra legge de' 15 di marzo 1807, colla quale furono prima del Codice aboliti in questo regno i fedecommessi, perchè in essa non si parla di altro, che di fedecommessi. La cosa è letterale.

§. XXIX.

§. XXIX. Argomenti, che separano la sostituzion pupillare dalle sostituzioni vietate nell'articolo 896 del C. C. Primo argomento dall' uso di parlare del foro francese.

Ripetesi il preteso divieto dall'articolo 896, dove si legge: *Le sostituzioni sono vietate*. Esaminiamo dunque, se si dica bene, o se anzi quella proibizione riguardi le sole sostituzioni fedecommessarie, le quali sono per tanti capi diverse dalla pupillare. Cominciamo dalla parola, per indi passare alla cosa.

I. Laddove nell' uso del diritto romano sotto nome di sostituzioni s' intendono, come vedemmo, propropriamente le dirette (1); presso i Francesi al contrario per *sostituzione* si è sempre intesa la fedecommessaria, ossia la indiretta. *Nel nostro comune uso di parlare* (scrive il DOMAT) *la semplice parola SOSTITUZIONE va intesa delle fedecommessarie, perchè più frequenti della vulgare e della pupillare* (2). *Quando noi parliamo di sostituzione* (aggiugne il Sig. THEVENOT D'ESSAULE, che in materia di fedecommessi è il PERE-

(1) *VINNIUS ad rubricam Inst. De vulg. subst. Num.* 3.

(2) *Loix civiles. Tit. De substitutions, princ.*

GRINO della Francia) *intendiamo comunemente la fede-commessaria* (1). L'*ordinanza* di Francia del 1747, *delle sostituzioni*, lavoro perfetto e forse ultimo del già vecchio e celebre Cancelliere d'AGUESSEAU (2), non parla se non di fedecommessi.

Ma

---

(1) *Traité des substitutions. Num.* 31.

(2) Questo grande uomo è morto il 1751, in età di anni 83. È riposto dai dotti fra' pochi uomini veramente enciclopedici. FORMEY, *Principes d' education*. La giurisprudenza era la sua scienza di professione, nella quale rivaleggia co' maggiori giureconsulti di ogni età. Ma le belle lettere, le lingue dotte, non esclusa la ebraica, la storia, la filosofia, la matematica, ornavano riccamente il suo vasto spirito. La soluzione de'più difficili problemi matematici era il suo passatempo nei momenti di ricreazione. Egli cominciò ad apprezzare il merito del NEWTON, quando la Francia era ancora tutta Cartesiana. I Francesi il ripongono oggidì fra' lor maggiori metafisici, e gli deferiscon la palma dell' eloquenza del loro foro. Si vegga LA HARPE, *Licée*, tom. . . I teologi lo annoverano fra' più sodi apologisti della religione. Vedete gli avvertimenti e le giunte del tomo XI e XII delle sue Opere, in 4, Parigi, 1779. Conosca-

Ma veggiamo, che se ne dica dopo il Codice, e propriamente delle *sostituzioni* nominate nel Codice. Il Sig. VILLARGUES, dopo citati il DOMAT e'l THEVENOT, aggiugne: » Tra noi il significato della parola *Sostituzione*, » per disegnare la fedecommessaria, vien senza dubbio » dacchè ne' nostri paesi consuetudinarj, la sostituzione » vulgare era rarissima, quantunque potesse ella aver » luogo ne' legati ed anche ne' fedecommessi; e dacchè » le altre sostituzioni dirette, come sono la pupillare e » la esemplare, non ci erano ammesse. Or egli è cosa » evidente, che il Codice Civile ha detto: *Le sostitu-* » *zioni sono proibite*; prendendo la parola *Sostituzione* » nel senso consagrato dal nostro antico uso » (1). Indi passa a dire, che a togliere ogni difficoltà, siegue nello stesso articolo la spiegazione della sostituzione; ossia la definizione, che noi analizzeremo più giù.

scano i giovani del nostro foro un autore di tanto peso, da cui posson ricevere una istruzione abbondante e sana in molti rami.

(1) *Des substitutions prohibées. Chap. I*, *n.* 5 *et* 6.

§. XXX. Secondo argomento dall' uso di parlare dello stesso Codice.

II. Il Codice Civile ha perfettamente servato l' antico linguaggio del diritto francese. In fatti la *vulgare*, che come *diretta* e più antica di tutte, è nel linguaggio del diritto romano la sostituzione per eccellenza, mentre nel Codice Civile vien repristinata, non è punto onorata del nome del suo genere. *La disposizione, colla quale un terzo fosse chiamato a raccogliere il dono, la credità o il legato, nel caso, in cui il donatario, l' erede o il legatario nol raccogliesse, non sarà riguardata, come sostituzione, e sarà valida* (1). Or questa, che quì si dice non esser *sostituzione*, è appunto la *sostituzion vulgare*, la sorella primogenita e quasi inseparabile della *pupillare*; e quanto a questa congiunta, tanto, secondo lo stesso Codice Civile, distante dalla fedecommessaria.

(1) Art. 898.

§. XXXI. Terzo argomento dalla proprietà del dire.

III. Che la vulgare non si chiami *sostituzione* nello attual diritto francese, è una improprietà derivata, come si è visto, dall'antica maniera di parlare de' Francesi. Ogni paese ha i suoi modi di dire. Ma che la pupillare non abbia tal nome, è più una lode, che uno idiotismo del loro linguaggio. Imperciocchè a parlare esattamente, come vedemmo di sopra, la sostituzion pupillare è istituzion prima, non seconda; è la nominazione del primo erede del pupillo; nè si chiama sostituzione, se non per un semplice accidente, cioè perchè il padre, dovendo far prima l'erede a se, e poi al figliuolo, l'erede del figliuolo nel solo ordine della scrittura è secondo (1).

§. XXXII. Quarto argomento dalla definizione presa nel suo tutto.

IV. Lo stesso Codice Civile non si arresta alla parola *Sostituzione*; ce ne dà la definizione; e se alcuno equivoco può mai cadere sul definito, la definizione è

 ap-

(1) Sopra, §. XXV di questa III parte.

appunto fatta per dileguarlo. *Ogni disposizione, mercè della quale il donatario, l'erede istituito, o il legatario sarà gravato di conservare e di restituire ad un terzo, sarà nulla.* Così il Codice definisce la sostituzione, che nel principio dello stesso articolo vieta (1). Ed una definizione nel Codice francese è gran cosa; è la cautela somma del legislatore per allontanare gli equivoci; poichè si sa, quanto si dibattè nella compilazione di esso sull'uso delle definizioni, e prevalse la sentenza, che non si dovessero adoperare senza grande necessità. La detta definizione mette per se sola una differenza patentissima fra la sostituzione del Codice francese, e la pupillare del diritto romano, poichè non cadono in questa le idee nè di *gravame*, nè di *conservazione*, nè di *restituzione* a favore di un terzo. Nondimeno poichè le medesime contengono altrettante caratteristiche della fedecommessaria, gioverà analizzarle ad una ad una.

§. XXXIII.

---

(1) 896. Veggasi la stessa definizione nelle nostre attuali LL. CC. art. 941.

§. XXXIII. Quinto argomento dal gravame.

V. Gravame è il sinonimo di *peso*. Egli è proprio della fedecommessaria, perchè la fedecommessaria induce degli obblighi nell' istituito; e gli lega le mani nel disporre della cosa. Così l' autor della sostituzione gratifica più persone successivamente colla stessa roba. Tanto egli è vero, che il gravame sia essenziale al fedecommesso, che oggidì nella Francia è deciso e si conviene, che se un testatore esprima la volontà della conservazione e della restituzione a favor di un terzo, con termini di *preghiera*, e non di *ordine*, in tali espressioni non si riconosce fedecommesso, perchè vi manca la idea dell' obbligo. Le parole *deprecative* bastavano al fedecommesso per diritto romano, anzi eran le sue proprie, quando la legge dava al semplice desiderio la forza del comando. Ma oggidì, che la legge non più protegge i fedecommessi, le preghiere di quei, che son discesi al sepolcro, sono anzi al di sotto di quelle de' viventi; e dipendono dalla generosità di chi le riceve. Così il Sig. Merlin, il Sig. Villargues ecc. Così la Corte Suprema di Francia (1).

 Or

(1) *Villargues, Des substitutions prohibées, chap. VII, pag. 117 — 119.*

Or questo primo e principal carattere della fedecommessaria sostituzione, cioè il gravame, è alieno dalla pupillare. Se un terzo ne venga gratificato, è per puro accidente; ed è tanto fuori della intenzione del sostituente, quanto è fuori, anzi contra i voti paterni, che il figliuolo gli muoja pupillo. Anzi per cautelare appunto la vita del pupillo, e per sottrarla dalle insidie di qualche sospetto congiunto, cui ne spettasse la successione legittima, fu introdotta la pupillare, insieme coll' uso di scrivere il nome dell' erede del pupillo o in fine del testamento paterno con particolare chiusura, o in tavole diverse, col divieto di aprire quel, che contenesse la sostituzione, anzi che morisse il pupillo. La qual cautela seguendo il Pretore, anche senza il divieto paterno, non permetteva di leggieri, che il testamento pupillare, particolarmente chiuso, si aprisse prima (1).

Tutto ciò, che riguarda la sostituzion pupillare (scrive il VINNIO) *in gratiam impuberum introductum est . . . . Id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pu-*

(1) §. 3, *Inst. De pupill. subst. L.* 3, *C. Quemadmodum testamenta aperiantur. L.* 8, *D. Eod.*

pupilli, *quamdiu*, *ignoratur*, *quis ei successor futurus est* (1). (L' utile primario del pupillo era appunto nella cautela della sua vita , che la nostra sostituzione gli procacciava. Gli scrittori ne allegano un secondo, cioè l'onore di avere un'erede disegnatogli dal padre.) » Al-
» lorchè noi dichiamo (scrivono i compilatori del *Re-*
» *pertorio universale di giurisprudenza*, ampliato negli
» ultimi tempi dal Signor Merlin) che la sostituzion
» pupillare sia una spezie di peso, usiamo piuttosto il
» linguaggio del volgo , che quello della legge; poichè
» i giureconsulti romani non considerano la sostitu-
» zion pupillare , come un gravame imposto al pupil-
» lo , ma soltanto come una disposizione, di cui fin-
» gono autore il pupillo; in una parola, come il suo
» proprio testamento. Di quì è, che il pupillo non può
» intentare querela d' inofficiosità contra la sostituzion
» pupillare, scritta nel testamento del padre (2). E Pietro Rebuffo, più antico giureconsulto francese , confessa nettamente lo stesso, dopo distinta la pupillare

 dal-

(1) *Ad princ. Inst: De pupill. subst. Num.* 15.

(2) *Repert. de jurisprudence-Substitution, Sect. II*, §. *V*.

dalla fedecommessaria. *Substitutio pupillaris est in favorem pupillorum introducta* (1).

Notabile è anche la ragione pocanzi accennatacene nel *Repertorio universale*. La querela d'inofficioso testamento non ha luogo contra la pupillare; e questa sostituzione abbraccia eziandio la legittima del pupillo. Dunque ella non induce gravame alcuno, poichè di nessuno la legittima è suscettiva.

Infine si può imporre mai gravame a persona, cui nulla si lasci? È antico adagio: *Non onero, quem non honoro* (2). Ora il padre per diritto romano sostituiva al diredato, cui nulla lasciava (3).

§. XXXIV.

---

(1) *Ad caput Raynutius, Extra, De testamentis. De pupillari substitutione, num.* 28.

(2) *Glossa ad L.* 9, *C. De fideicommissis.*

(3) *L.* 1, §. 2, *D. De vulg. et pup.*

§. XXXIV. Sesto argomento dall' obbligo di conservare.

VI. *Conservazione a benefizio di una terza persona*. Nel *gravame* abbiam veduto l'obbligo in genere; nella *conservazione* cominciamo a vederne la spezie. L' obbligo di conservare è correlativo al divieto di alienare; obbligo e divieto essenziali ne' fedecommessi, e cagioni principali della loro proscrizione (1). Tolgansi via queste due cose, e la stessa moderna giurisprudenza, nemica ed avversaria de' fedecommessi veri, l' avrem protettrice di quelle sostituzioni, che non le contengono. Due grandi esempj della sua ragionevolezza, in questa parte, si veggono nel fedecommesso *de eo*, *quod supererit*, ossia del *reliquato* o del *residuo*; e nella sostituzione in usofrutto.

In quanto al fedecommesso del residuo, che non sia proibito dall' odierno diritto, il troviam deciso due volte dalla Corte Superiore di Bruxelles, nel corso del 1809 e del 1816; e'l Sig. Merlin applaudisce a queste de-

(1) *Merlin*, *Repertoire*. -- *Substitution contractuelle*, § 5, *n*. 8. *Villargues*, *Substitutions prohibées*, *chap*. *II et IV*, *pag*. 44.

decisioni (1). *La ragione è ben semplice* (dice il gran giureconsulto). *Ella si è, che in tal sostituzione è obbligo di* RESTITUIRE, *ma non già di* CONSERVARE; *e che l' articolo* 896 *del Cod. Civile richiede il concorso de' due obblighi, perchè abbia luogo il divieto.* Aggiugne egli, che se il diritto romano in fedecommessi di tal sorta, imponeva il peso di conservare una parte, che GIUSTINIANO ridusse alla quarta; queste regole sono andate via collo stesso diritto romano. Quindi il fedecommesso del residuo è tornato libero, qual fu nella origine sua; e come tale, è fuori della proibizione del diritto attuale. Il TOULLIER riguarda anche come lecito il fedecommesso di tal fatta (2). Il DELVINCOURT si esprime così sul medesimo. » *Quid*, se il legatario abbia il
» diritto di vendere, alienare e cedere irrevocabilmen-
» te; ma sia soltanto pregato di lasciare ad alcuno quel-
» lo, che rimarrà in natura, alla sua morte? Io credo
» valida tal disposizione. Imperciocchè non vi è grava-
» me

---

(1) *SIREY, Cod. Civ. annoté, art.* 896, *n.* 6. *Recueil, tom. X, P. II, pag.* 238 — *MERLIN, Questions de droit, Tom. VI, Additions. Pag.* 756, *col.* 2, *Paris* 1820.

(2) *Droit. Civil. français. Tom. V, pag.* 70.

» me di conservare. La circolazion de' beni non viene
» ad esserne impedita. Per la stessa ragione il divieto
» di disporre per testamento, degli oggetti lasciati, non
» impedisce di potere alienare in vita (1).

In quanto all' usofrutto, poteva per diritto romano un primo usofruttuario esser richiesto di restituirlo alla sua morte ad un secondo: *Si quis usumfructum legatum sibi, alii restituere rogatus sit etc.* (2). E questo si era un fedecommesso del genere di tutti gli altri. Nondimeno la Cassazione di Francia, addì 4 del nevoso dello anno 8, e la Corte di Parigi, addì 24 di marzo 1813, han giudicato, nulla esservi di proibito in tal fedecommesso. Ed ora così insegnano in Francia il Sig. SALVIAT in un dotto trattato dell' usofrutto, ed il Sig. VILLARGUES più volte di sopra citato. Qual è la ragione di ciò? La ragione è, che il primo usofruttuario *consuma* il suo usofrutto, ed in lui non si verifica alcun obbligo nè di *conservare*, nè di *restituire*. E s' egli dee conservare la so-

(1) *Cours de Code Civil. Not. 4 au chap. IV, liv. III.*

(2) *L. 29, D. De usu et usufructu. Adde L. 3, in princ. D. De usufructu; et L. 4, D. Quibus modis usufructus etc.*

sostanza della cosa, ossia la proprietà, deriva tale obbligo non dal fedecommesso, ma dalla natura dello stesso usofrutto (1).

Or queste ragioni campeggiano massimamente nella sostituzion pupillare. Il pupillo non conserva per verun altro, ma per se ed a suo benefizio; cioè per trovare intera la sua roba al tempo, in cui possa liberamente disporne. Anzi questo conservare non è sua cura, ma di coloro, cui son commessi i suoi interessi. E se non puote egli alienare, tal restrizion non gli viene dalla sostituzione, ma dalle leggi protettrici del suo patrimonio. Talchè le distrazioni, che le dette leggi o permettevano o facevan necessarie, come delle cose mobili, e de' predj urbani fino a COSTANTINO (2), o che i bisogni del pupillo esigevano, non eran punto disdette dalla sostituzione, di cui trattiamo. Questa a buon conto non aggiugneva alcuna particolare inalienabilità a quella, che le antiche e moderne leggi imponevano ed impon-

(1) *Des substitutions prohibées. Chap. XV, pag. 304 et suiv.*

(2) *L. 1, D. De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt. Adde tit. De administratione vel periculo tutorum, apud* POTHIER *in Pand. Justin. Art. IV.*

pongono generalmente a' beni de' pupilli e de' minori. E come mai si potrebbe dire l' opposto, se il sostituto pupillare, essendo l' erede del pupillo, non può venire contra il fatto di lui? Leggesi mai nel diritto, che il nostro erede futuro ci possa esser d' impedimento ad esercitare alcuno diritto, che ci appartenga?

§. XXXV. Vero senso della L. 45, *De legatis I.*

Le dette cose sono troppo evidenti e troppo importanti; ma perciò ci vengono tanto più contrastate. Alcun de' nostri avversarj ha detto, che l' obbligo del pupillo era quello stesso, che nasceva dal fedecommesso del residuo. Noi non abbiamo bisogno di negar questa proposizione, dopo veduto, che il fedecommesso del residuo non è vietato dal Codice Civile. Ha il medesimo, abusando della dottrina, di cui abbonda, e storcendo il chiaro senso di alcune leggi, preteso di provare con esse, che il pupillo, vincolato di pupillar sostituzione, non potesse alienare neppure un servo, neppure un' ancella. Ma questa restrizione ripugna col fedecommesso del residuo, il quale anche presso i Romani, dava grandissima latitudine. Ma oltracciò le male addotte leggi non solo non pruovano punto di restrizion nel pupillo; ma dimostrano anzi perfettamente

la

la facoltà in lui di alienare, non ostante la sostituzione, tutto ciò, che la semplice condizion di pupillo gli permetteva. Talchè l'uso di tali leggi era nel disegno della nostra difesa, e nella serie delle nostre idee. Ora dunque, che le veggiamo contra di noi adoperate, vi corriamo con più ardore, e per difenderci e per offendere.

Nella L. XLV, *D. De legatis I*, abbiamo il seguente testo di POMPONIO: *Si a substituto pupilli ancillas tibi legassem, easque tu a pupillo emisses; et antequam scires, tibi legatas esse, alienaveris, utile legatum esse* NERATIUS *et* ARISTO *et* OPHILIUS *probant.* Dunque (se ne arguisce dal lodato avversario) il pupillo fece una vendita nulla, ostandogli l'interesse del suo sostituto. Dunque (ripigliamo noi) il pupillo vendè bene, non ostante la sostituzion pupillare. Quale sarà la vera delle due conseguenze contraddittorie?

Il caso parla da se. Tizio nel suo testamento fece tre cose, istituì suo erede il figliuol pupillo; nominò un sostituto pupillare al figliuolo; ed a carico del sostituto, lasciò alcune ancelle a Sejo. Il figliuolo vendè queste ancelle allo stesso Sejo; e Sejo dipoi le alienò. L'impubere morì; gli succedè il sostituto; si verificò la condizion del legato. Quistionossi allora, che dovesse essere di tal legato, perchè le ancelle erano state comperate dallo stesso legatario, il quale le aveva anche alie-

alienate. *Utile legatum esse*, fu la risposta de' giureconsulti; cioè doversi prestare il legato. Ma come prestarsi il legato, se le ancelle mancavano, e l' erede non le aveva? In prezzo, dice ACCURSIO; in quel prezzo, che aveva il legatario sborsato, prima di avere azione al legato. *Substitutus praestabit ei tantum, quantum abest ei Sejo, ex emptione, quam fecit ab impubere.* Similmente GIACOPO CUJACIO: *Agam* (pone le parole in bocca al legatario) *hoc casu ex testamento, non quidem ad rem, quoniam jam habeo, sed ad pretium; non quidem verum, sed quod mihi abest, quodque pupillo numeravi* (1). Ed il POTHIER nota sulla decisione di quel caso, che il legato fu utile, non perchè il legatario avesse alienata la cosa legata, ma perchè avendola prima comperata, gliene mancava il prezzo. *Ideo autem est utile, non quia eas (ancillas) alienavit, sed quia numquam perfecte ejus fuerunt, cum pretium ei abfuerit* (2).

L'alienazione dunque dal pupillo fatta fu talmente valida, che il sostituto patì due perdite, quella delle ancelle, per la vendita fattane dal pupillo, e quella del prez-

---

(1) *Tom. VII. Col.* 1034. *Edd. neapp.*

(2) *Pand. Justin. Tit. De legatis, num.*CXXXI.

prezzo, pel legato a se imposto. Nè il dubbio cadde sulla vendita del pupillo, ma sulla circostanza, che il legatario era divenuto padrone della cosa legata, poichè non sussisteva il legato della cosa propria del legatario (1).

§. XXXVI. Vero senso della *L. ult.* §. *ult.* *D. De vulg. et pup.*

Vindichiamo anche a noi la legge ultima, al paragrafo ultimo, del titolo della nostra materia nelle Pandette. Ella parla d'un servo alienato da un pupillo, che aveva in lui il suo pupillar sostituto: *Si pupillus substitutum sibi servum alienaverit etc.* Suppone ivi SCEVOLA, che il comperatore lo avesse in suo testamento fatto libero ed erede del figliuolo; e ricerca, che debba esser di lui. Risponde, che se il pupillo giugne alla pubertà, il servo diviene erede necessario del secondo padrone; se il pupillo muore impubere, il servo gli succede necessariamente, e sarà in sua balía, se voglia o no essere erede del padron nuovo, perchè già fatto libero. Ecco, si dice, risoluta l'alienazione dal pupillo fatta; ecco il pupillo impedito ad alienare.

Anzi,

(1) *Vid.* POTHIER, *ubi supra, num. CXXVIII et deinceps. Adde* CUJAC. *loc. sup. cit.*

Anzi, per noi si risponde, ecco riconosciuta l'alienazion del pupillo, non ostante la pupillar sostituzione; altrimenti la vendita del servo sarebbe stata nulla, ed il servo non sarebbe mai divenuto libero ed erede pel testamento del nuovo padrone. La ragion del responso di SCEVOLA viene altronde; e propriamente dal favore della sostituzion pupillare, e dal non volere, che il pupillar testamento si rescindesse. Infatti alienato il sostituto pupillare, sarebbe dipeso o da lui fatto libero, o dal nuovo padrone il privar del suo effetto il pupillar testamento. Ad evitar ciò i romani giureconsulti estesero a questo caso il diritto degli *statuliberi*; caso, che forma il suggetto di più altre leggi, tutte fra loro concordi (1).

Statulibero si diceva quel servo, a cui il padrone testando avesse destinata la libertà, da conseguirla o a capo di certo tempo o sotto condizione (2). Questo stato, ch'era medio fra la servitù e la libertà, lo statulibero il portava sempre seco, e conservavalo insieme colla speranza della franchigia, fino al tempo stabilito, o che

---

(1) *L.* 54, *D. De heredibus instituendis*; *L.* 2, §. 4, *et L.* 36, *D. De statuliberis.*

(2) *L.* 1, *D. De statuliberis.*

che l'erede il vendesse, o ch'egli diventasse di altro padrone per usucapione. Anzi se 'l nuovo padrone lo affrancava, venuto che poi fosse il punto della libertà lasciatagli dal padrone defunto, si aveva egli per liberto *orcino*, cioè per liberto del trapassato antico padrone, e non del nuovo manumissore (1). Ad acquistàre però la qualità di statulibero, uopo era, che si fosse adita la eredità di colui, che aveva ordinata la libertà futura del suo servo: *Statuliberi causam non prius servus nanciscitur, nisi adita vel ab uno ex heredibus hereditate* (2).

Ora per questa ragione appunto il servo sostituito al pupillo, benchè avesse una fondata speranza di libertà, sulla condizione della morte dell'impubere, non era a rigore di diritto statulibero, perocchè, al dire del Cujacio, l'eredità del pupillo nè si adiva, nè potevasi adire prima, che il pupillo morisse. E com'egli era l'erede del pupillo, per lo pupillare testamento, da questo testamento riconosceva egli la libertà, e doveva attenderla dall'adizione della eredità del pupillo. Dunque non era veramente *statulibero*, vivente il pupillo. *Nondum autem*

(1) *L.* 2, *D. De statuliberis.*
(2) *L.* 2, §. *Sed statuliber*; *et L.* 9, *eod.*

tem adita est, immo nondum adiri potest hereditas ex testamento pupillari, pupillo vivo. Ergo interim servus ei substitutus cum libertate, jure statuliber non censetur (1). Ad ogni modo la interpretazione del foro introdusse, che il servo pupillarmente sostituito si avesse come statulibero: *In tabulis secundis filio servum data libertate substitutum* JURE STATULIBERI PRUDENTES MUNIERUNT. Così elegantemente PAPINIANO (2). E questo, egli soggiugne, dee la sua origine alla *utilità*, che nel linguaggio de' giureconsulti è l' opposto del rigore del diritto: *quod utilitas recepit.* Ma quale utilità? *Scilicet, ut cum sua causa (servus) alienaretur, ne patris testamentum puer filius rescindat.* Ed ULPIANO, facendo eco al principe de' giureconsulti, scrive sullo stesso caso: *Ne testamentum pupillare evanesceret, et servo spes libertatis infringeretur* (3). Acciocchè dunque il servo sostituito ritenesse la speranza di succedere al pupillo, e non mancasse il sostegno al pupillar testamento, fu ricevuto, *ut cum sua causa alienaretur*; e gli fu per questo addossata la divisa di statulibero. *Exigente utilitate pu-*

(1) *Ad L.* 36, *D. De statuliberis.*
(2) *Cit. L.* 36.
(3) *L.* 2, §. 4, *eod.*

pupilli (ripiglia il Cujacio) *prudentibus placuit, eum haberi pro statulibero, post aditam hereditatem patris, etiam ante aditam hereditatem pupilli ex testamento pupillari, in quo libertas relicta est. Utilitatis causa, hoc est, ne a pupillo forte alienato servo, antequam casus substitutionis exsistat, infrigatur spes libertatis, si non haberetur pro statulibero, sicut et revera non est statuliber; atque ita testamentum pupillare evanescat, quod pupillo esset inutile . . . Alioquin, si non haberetur pro statulibero, venditus servus maneret servus emptoris* (1). Ed Antonio Goveano, chiosando la legge appunto, da cui abbiam cominciato, scrive: *Summa haec est, servum pupillo substitutum cum libertate necessarium fieri non solum pupillo, verum etiam patri. Alienari interim posse a pupillo, sed eam alienationem non obstare, quominus eveniente conditione pupillaris substitutionis, liber et heres necessarius fiat* (2).

Quante utili verità ci vengon da questo diritto, di cui si è preteso farci una obbiezione! Dunque l'alienazion

(1) *Loc. sup. cit.*

(2) *Ad L. fin. §. fin. De vulg. et pupill. subst. Adde* papillonium *de substit. pupill. Cap. III. in* ottonis *Tesauro.*

zion del servo dal pupillo fatta, malgrado della sostituzion pupillare, non si è mai messa in dubbio nè da SCEVOLA, nè da ULPIANO, nè da PAPINIANO, nè da verun altro, sia antico, sia moderno giureconsulto. Dunque le altre alienazioni a' pupilli permesse dalle leggi eran sì compatibili colla pupillar sostituzione, che per impedir l'effetto dell'alienazion del servo sostituito, e per salvar la sostituzione, fu mestieri ricorrere ad uno stratagemma legale, e fingere in tal servo la qualità di statulibero, che in realtà non aveva. E la sua vendita in tanto fu temperata, in quanto l'uopo il richiese. Queste son verità proprie del presente luogo. Ce ne ha delle altre, che si riferiscono a'luoghi di sopra, e che quì ripetiamo alla sfuggita; cioè che nella sostituzion pupillare si tratta del testamento del pupillo, della eredità del pupillo, e vuolsi attendere la morte del pupillo, e fare una diversa adizione di eredità; altrimenti il servo sostituito avrebbe avuta per diritto la qualità di statulibero dal testamento del padre, e dall'adizione della paterna eredità.

§. XXXVII.

§. XXXVII. Altre leggi, che confermano la stessa massima. Bella dottrina del Gomesio.

Conchiudasi dunque, che il dire, come la sostituzion pupillare sia un particolar vincolo al pupillo per impedirgli, che possa alienare, è un contrariare tutti i principj, anzi quelle stesse leggi, che per provarlo si adducono.

Il sostituto, come erede del pupillo, non ha verun altro diritto per le alienazioni del medesimo, che quello stesso, che il pupillo avrebbe, sia contra il tutore, sia contra ogni altro; e perciò alcune leggi congiungono in questa parte entrambi. Così Ulpiano dice, che se il tutore dalle sostanze del pupillo, *diminuendo il patrimonio di lui*, abbia alimentato la madre e la sorella, intervenendovi il conveniente decreto; *nemo feret aut pupillum aut substitutum ejus querentes*, *quod tam conjunctæ personæ alitæ sint* (1). Le querimonie del sostituto non sono altrimenti quì disegnate, che come quelle dello stesso pupillo. E Giuliano, parlando eziandio della sorella di un pupillo, rispose anche più umanamente, che

(1) *L.* 1, §. 2, *D. De tutelae et rationibus distrahendis.*

che quantunque senza decreto (*citra magistratuum decretum*), l'avesse il tutore alimentata, e fattala *istituire nelle arti liberali*, non dovesse di tale spesa esser tenuto *nel giudizio di tutela*, *nè al pupillo*, *nè a suoi sostituti* (1). Sul qual luogo è da notare, che anche le spese di lusso, com' era la istruzion letteraria di una donzella, si facevano a carico del pupillo, senza che il sostituto avesse a potersene lamentare.

Da tutti gli addotti luoghi conchiude il GOMESIO: *Certum est, quod substitutione pupillari non censetur per testatorem vel legem appositum* GRAVAMEN IPSI PUPILLO DE NON ALIENANDO, *nec bona sibi relicta sunt subjecta restitutioni; immo libere possit alienare, etiam in præjudicium substituti, sicut bona propria, interveniente causa et decreto, propter minorem ætatem* (2). Al che aggiugne una bella ragione, che siccome il testamento, che alcuno faccia, non impone alcun vincolo a' suoi beni verso l' erede; così neppure a' beni del pupillo verso del sostituto la pupillar sostituzione, ch' è

 il

(1) *L. Qui filium in fin. D. Ubi pupillus educari debeat.*

(2) *Variar. resolut. Cap. IV, De subst. pupill. Num.* 6.

il testamento pupillare. Anzi è notabilissimo, come il lodato insigne giureconsulto, dopo aver sostenuto e provato, che una pupillare invalida si salva, volgendola in fedecommessaria, avverte, che tal conversione non nuoce alla libertà de' beni. *Et certe teneo, quod bona sint libera, et non subjecta restitutioni; quia licet talis substitutio pupillaris inutilis et invalida convertatur in fideicommissariam, tamen convertitur cum sua propria natura, effectu et qualitate ipsius substitutionis pupillaris, in cujus locum fuit conversa. Et si replices, quid ergo operabitur tunc praedicta substitutio fideicommissaria? Noviter et sub. respondeo, quod habebit locum in bonis, quae reperiuntur penes ipsum filium impuberem, tempore mortis; et per consequens, si bona non alienavit, verificabitur in eis praedicta substitutio* (1). Ed ecco dimostrato per tutte le vie, come la nostra sostituzione sia scevera dall' obbligo di conservare.

§. XXXVIII.

---

(1) *Ibid. in fine.*

§. XXXVIII. Settimo argomento dall' obbligo di restituire.

VII. *Restituzione ad un terzo*. Il restituire importa almeno doppio passaggio di una stessa cosa, come proveniente da una stessa persona, da un primo ad un secondo, e dal secondo ad un terzo; il che similmente è proprio de' fedecommessi. Or qual restituzione ha mai luogo ne'beni del pupillo diredato? Quale in quei che gli sieno pervenuti dal lato materno, o altronde, che dal padre? E pure il sostituto pupillare prendeva tutti questi beni.

Gli stessi beni provenuti dal padre, ne'quali pare verificarsi il doppio passaggio, passavano al sostituto non come beni del padre, ma del figliuolo. *Neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis* (1). I beni del padre gli prende il sostituto, come divenuti pienamente del figliuolo. In fatti è egli obbligato da questi di pagare i debiti anche del figliuolo, debiti indipendenti dalla paterna eredità. *Effectus autem hujus substitutionis is est praecipuus, quod ex ea directe impuberi succedit substitutus*; e quindi il sostituto è obbligato a tutto

 quel-

(1) *L.* 10, §. 5, *D. De vulg. et pup. subst.*

quello, a cui sono obbligati gli eredi (1). Di che il contrario avviene nel sostituto fedecommessario, il quale prende i beni, come dal gravante, non dal gravato, e senza pagare i debiti del gravato; perchè egli succede al gravante, non al gravato.

Tanto egli è costante, il sostituto pupillare essere un erede tutto proprio del pupillo, che rescisso il testamento paterno colla querela d' inofficioso, giusta la novella CXV, donde è tratta l' autentica *Ex causa*, *C. De liberis praeteritis*, la pupillar sostituzione resta salva; poichè la detta legge, come spiega il VINNIO, dichiara irrita quella sostituzione, *qua pater sibi heredem scripsit, non qua filio* (2). La qual verità, cioè che il sostituto pupillare sia l'erede del figliuolo, non già del padre, è stata avvertita fin dalla prima introduzione di questa pratica. Volendo il giureconsulto SCEVOLA, nella famosa causa Curiana di sopra rammentata, dar del ridicolo all' orator CRASSO, il qual pretendeva, che il sostituto pupillare succedesse, benchè non nato il pupillo; può mai alcuno, diceva, essere erede di chi non è na-

(1) *COVARRUVIAS ad caput Raynutius Estra, De testamentis, §. V. De pupill. subst. Num.* 20.

(2) *Ad §.* 4 *Inst. De pupill. subst. Num.* 4.

è nato? *Si natus filius non sit, videatur ne is, qui filio mortuo institutus heres sit, heres esse* (1). Crasso non negava già questo; ma sosteneva, che non avendo potuto Curio essere erede del figliuol non nato, dovesse *ex conjectura voluntatis* esserlo del padre; a buon conto, che la pupillare espressa contenesse la vulgare tacita.

In fine, qualora si voglia parlar di restituzione dal pupillo al sostituto, tal restituzione è tutta diversa dalla fedecommessaria. Questa impedisce di disporre per testamento de' beni da restituirsi; quella nulla toglie della sua libertà al pupillo, mancando questi della libertà di disporre. Tal diversità rende la condizion del pupillo anche più libera del gravato del residuo.

Veduto in che consista il *proibito gravame* dell'articolo 896, è ormai più chiaro del meriggio, come tal proibizione nulla abbia di comune colla sostituzion pupillare. E possiamo al detto articolo applicare quel, che dice della cosa il nostro Aulisio: *Fideicommissum nihil commune habet cum pupillari substitutione* (2). La legge ripruova quelle sole disposizioni, che tolgano al padrone il diritto di alienare in vita, e la facoltà insie-

 me

(1) *De Oratore, lib. II, cap. XXXII, in fin. juxta Olivetum.*

(2) *De vulg. et pup. Quæst. II.*

me di disporne a suo piacere in morte. Niente di tutto ciò nella nostra sostituzione. Il pupillo in vita non riceve alcuno impedimento da quella; e se in morte non dispone de' suoi beni, è la sua personale incapacità, che glielo contende. Quindi il pupillo, non ostante la sostituzione, ritiene e gode di tutta quella libertà, che gli compete come a pupillo; e sarebbe un resistere alla evidenza il confonderlo col gravato del Codice Francese.

§. XXXIX. Ottavo argomento da'motivi della sostituzion proibita.

VIII. Ma dilucidiamo più oltre la cosa, se ci è chiarezza maggiore della evidenza. Diamo uno sguardo ai *motivi* ed alle *cagioni* della legge. Veggiamo, quali esse sieno state, e se convengano a tutte le sostituzioni, o pure alle sole fedecommessarie. Noi le troviamo in bocca agli oratori del governo, quando la materia fu discussa ed esposta; e propriamente a' Consiglieri di Stato Portalis e Bigot Preameneu (1). Essi parlano della necessità di proscrivere quelle *sostituzioni assurde*, che sottraendo i beni dalla circolazione, e facendogli ristagnare nelle stesse mani; che nocendo all'agricoltura per la

(1) *Motifs du Code Civil.*

la negligenza de' possessori, i quali si credevan padroni a metà; che facendo disseccare tutti i rami d' ogni famiglia, per farne lussureggiare un solo; che facilitando i mezzi e i pretesti da frodare i creduli creditori; *sagrificavano*, secondo la bella espressione dell'eloquente PORTALIS, *gl' interessi del popol vivente a' capricci del popolo trapassato.* Or qnale di tai motivi si può riferire alla nostra sostituzione?

In una delle sessioni tenute sugli articoli concernenti la sostituzione, disse il Consigliere di Stato REGNAUD *de Saint Jean d'Angelis*, come bisognava spiegare, che cosa s' intendesse per *sostituzione.* Un' altro Consigliere di Stato, il dotto TRONCHET, rispose, che in un articolo a bella posta scritto se ne dava la definizione; (1) l'articolo appunto 896, giusta l'ordine del Codice Civile; colla cui analisi abbiamo dimostrato, quanto disti dalla pupillare la proscritta sostituzione.

Il Tribuno JAUBERT, spiegando il divieto del sostituire, dice nettamente: *Bisogna ben intendere quel, che la legge vieta. Ella non vieta altra cosa, se non quella, che nell'antico diritto aveva nome di* fedecommesso (2).

(1) *Conference du Code Civil. Art.* 896.
(2) *Motifs. du Code Civil.*

§. XL. Nono argomento dalle autorità degli scrittori.

IX. Dagl'interpreti autentici del novello diritto passiamo agl' interpreti dottrinali, de' quali basterà addurne quattro de' più celebrati, il Merlin, il Toullier, il Delvincourt, il Villargues. Il primo: » La sostituzione pupillare è stata abrogata ne' paesi di diritto » scritto, dalla legge del 17 del nevoso, l'anno II; » e il Codice Civile *non l'ha ristabilita.* Del resto essendo oggi la sostituzione fedecommessaria proibita, » è chiaro, che una sostituzione pupillare non potrebbe valere come fedecommessaria. »

Alcun de' valentuomini, che ci onorano della loro contraddizione, crede giovarsi di questo luogo del Merlin. Ma non favorisce egli perfettamente il nostro sistema? Il Codice Civ. non ha *ristabilita* la pupillare; e noi sostenghiamo questo appunto, che l'ha taciuta. La pupillare indarno si volgerebbe in fedecommessaria, presso i Francesi, perchè la fedecommessaria è proibita fra loro. Ma presso noi non avea bisogno di volgersi in fedecommesso, avanti le leggi novissime, perchè sostenuta dal diritto romano, a cui nel silenzio del Codice Civile si ricorreva; e dopo il Codice ultimo gode della espressa sanzione di esso.

Il

Il Toullier : » Conoscevasi ancora un tempo nelle
» provincie di diritto scritto la sostituzione pupillare,
» per la quale un padre, che aveva de' figliuoli in po-
» testà ed in età pupillare, poteva fare il lor testamen-
» to, facendo il suo; e sostituire un' altra persona per
» succedere a' suoi figli, in caso ch' essi morissero pri-
» ma di poter disporre, cioè a dire prima della pu-
» bertà. Ed inoltre vi era la sostituzione esemplare,
» mercè della quale il padre nominava l' erede al fi-
» gliuolo (mentecatto). L' una e l' altra furono aboli-
» te dalla disposizione generale dell'articolo LXI della
» legge de' 17 del nevosò, anno II. Più. Le sostituzio-
» ni abolite dal Codice sono quelle, che formavano un
» ramo sì complicato dell' antica legislazione, regolata
» dall' ordinanza delle sostituzioni del mese di agosto
» 1747. Gli autori le chiaman fedecommessarie, perchè
» conosciute nel diritto romano sotto il nome di fede-
» commessi, donde son derivate (1). » Il silenzio del
Codice francese è stato in questa parte imperativo
per quella nazione, poichè succede a un precedente
divieto. Non così per noi, a'quali il Codice francese ci
venne isolato il 1809, colla dichiarazione, che si doves-

(1) *Droit Civil francais*, *liv. III*, *tit. II*, §. 17.

se ricorrere alle leggi romane e patrie, nelle materie, che non facessero oggetto delle sue disposizioni.

Il Delvincourt, dotto professore di diritto romano nella università di Parigi, ha pubblicata, non ha guari, per uso della sua scuola, un compendio di quel diritto in latino, secondo l'ordine delle Istituzioni, con note in francese, parte esplicative, e parte destinate alla collazione de' due diritti, romano e francese (1). Ivi egli al titolo della pupillare nota così: *La sostituzion pupillare è al tutto ignota nel nostro diritto* (2), cioè a dire, nè permessa, nè proibita. Ma più. Fa egli un parallelo tra la medesima e la fedecommessaria, che merita di esser letto, tra per la sua aggiustatezza, e perchè conferma magistralmente una parte del fatto di sopra da noi. » In che differisce (dice egli in una nota) » il diritto del sostituito da quello del fedecommessa- » rio? 1. Il sostituto pupillare, come abbiamo già detto, » è l'erede del pupillo. Il fedecommessario è l'erede » del testatore. In conseguenza il primo, giugnendo il » caso della sostituzione, prenderà tutti i beni apparte- » nen-

(1) *Juris romani elementa. Parisiis*, 1818.

(2) *La substitution pupillaire est totalement inconnue dans notre droit*. Pag. 170 in fine.

» nenti al pupillo, nel tempo della sua morte, tanto
» quei, che provengono dalla successione del sostituente,
» quanto quelli, che abbia potuto ricevere altronde,
» dopo morto il testatore. Il fedecommessario ha diritto
» a' soli provenienti dalla successione del testatore. 2. Il
» sostituto prende tutti i beni, de' quali si è parlato,
» senza veruna deminuzione. Il fedecommessario è ob-
» bligato di soffrire la detrazion della quarta. 3. Il fe-
» decommessario è obbligato in ogni caso di pagare i
» debiti del padre, perchè sta *loco heredis*. Nella so-
» stituzion pupillare, se l'istituito si astiene e poi muore
» impubere, il sostituito paga soltanto i debiti dell'isti-
» tuito, perocchè prende la sola sua successione. *L.* 42,
» *D. De acquirenda vel omittenda hereditate* (1). »

Del Signor Villargues abbiamo molto parlato di s opra; e le sue opinioni sono già note. Rammentici quel, ch'egli osserva sulla voce *Sostituzione* nel senso del Codice Civile, che dice ristretta alla sola fedecommessaria. In tutta la lodata sua opera *Delle sostituzioni proibite*, egli non tratta punto della pupillare, ed appena per incidenza la nomina una volta. Egli indaga operosamente la natura della fedecommessaria, e la ripone nel *grava-*

 me

(1) Pag. 171.

me di restituire ad un terzo (1). Ei ripone nella *inalienabilità de' beni per un lungo tempo* il bersaglio della avversion de' moderni circa i fedecommessi (2). Noi abbiamo veduto, che nè *gravame* s'imponeva al pupillo; nè il passaggio de' suoi beni al sostituto era di *restituzione*; nè tai beni contraevano per la sostituzione alcun vincolo.

Dopo ragioni ed autorità così positive, che distinguono la pupillare dalla fedecommessaria, ed escludon la prima dalla proibizione del Codice Civile, ci brigheremo di qualche fuggitiva parola di alcuno, avvegnachè riguardevole scrittore, il quale senza profondarsi nella materia, e senza occuparsene di proposito, sembri confonderle? Si distruggerà così leggiermente una distinzione fondata sulla origine delle cose, sulla loro lunga storia, sulla diversa natura, su' caratteri contraddittorj, che le separano? È passato il tempo, che le autorità di per se stesse valevano, anche sfornite di ragioni; e che un sol nome talvolta preponderava a mille raziocinj. Oggidì si valutano pe' lumi, che danno, e non per cieca adesione, che esigano. E crediamo di avere concordi in ciò tutti i nostri contraddittori, i quali non vorranno certo

(1) *Chap.* III, *n.* 29, *pag.* 33.
(2) *Chap.* IV, *n.* 38, *in fin. pag.* 44.

certo smentire una sì giusta nostra credenza, che meritamente gli onora.

§. XLI. Argomento decimo da una modernissima dottrina francese.

X. Si è veduto, come il Sig. Toullier d'accordo col Sig. Merlin e con altri, che hanno ben meditata la materia, riporta l'abolizione della pupillare alle così dette leggi intermedie, precedenti al Codice Civile. Ma che si dirà, se udiremo lo stesso profondo giureconsulto, quasi abborrendo i mostruosi parti della rivoluzione, giunta all'apogeo del suo furore, insegnare oggidì in Francia l'uso della pupillare, come non opposta al Codice Civile? Eccone il bel luogo. » Finalmente non » è sostituzione, se io do a Tizio, qualora sopravviva » a mio figlio, e questi muoja senza figliuoli; poichè » il figlio non è gravato di conservare per restituire. Il » padre non gli ha neppure indirizzato il discorso, ed » il gravame non puote essere sottinteso. Si può dire » soltanto, che sia un legato condizionale di tutto quel» lo, di cui non abbia il figliuol disposto, *si quid su-* » *pererit* (1). » Ed il Signor Villargues sembra incli-

 nare

(1) *Droit Civil francais. Liv.* III, *tit.* II, §. 51, *in fine.*

nare a questa opinione, allorchè dice: » Se un testatore
» avesse detto, *Io lego a Pietro, se mio figlio muoja*
» *in minore età*; quantunque Pietro non sia chiamato
» a prendere, se non dopo la morte del figliuolo, non
» vi sarebbe in tal caso sostituzione; ma un semplice
» legato condizionale (1). » Noi non pretendiamo già,
che questa dottrina sia comune in Francia; e come
potrebbe esserlo, dopo le prevenzioni in tanti spiriti
radicate contra ogni sorta d'istituzioni antiche? e contra il disposto delle leggi intermedie? Vero è, che ridotta la sostituzione del Toullier ad una spezie di fedecommesso di residuo, la difficoltà dovrebbe in tutto
svanire, poichè l'opinione oggi seguita da' tribunali di
Francia è favorevole, come vedemmo, al *residuo*; a
quel semplice *residuo* (sia quì ripetuto di passaggio),
che alcun nostro contraddittore ravvisa nella sostituzion
pupillare, e nondimeno la condanna; e la condanna in
Napoli, dopo il Codice novissimo, mentre in Francia
è ricevuta da molti senza una legge novella.

Per conchiudere questo punto, noi non pretendiamo ricavare dalla addotta dottrina, che la sostituzion
pupillare sia da doversi eseguire tra noi, per ciò solo,
che

---

(1) *Pag.* 91, *num.* 66.

che ha cominciato a farsi rivedere in Francia. Intendiamo solo inferirne, che se a dispetto delle sinistre prevenzioni, principia ivi ad avere delle autorevoli accoglienze; nel nostro suolo, da cui non ha mai ricevuto il bando, e dove una legge nuova ha per lei spiegata la più alta deferenza, sia riprensibile attentato il farle onta.

§. XLII. Obbiezioni, che si traggono da altre parti del Codice Civile; e risposte alle prime.

Diffidando internamente, saggi, come sono, i nostri avversarj, di poter trovare nell'articolo 896 del Codice Civile, il bramato divieto della pupillare, s'industriano di ricercarlo quà e là nelle altre parti del Codice stesso, e nel suo spirito, com' essi dicono; quasi i divieti, che sono sempre odiosi, si potessero indurre per la via del tacito e del conghietturale, e ad onta di un diritto precedente, a cui s' è in tanto derogato, in quanto si è espresso; e malgrado di abitudini di secoli e secoli, che stanno costantemente per la contraria permissione. » Il » primo e 'l più grande di tutti i principj, che riguar» dano il potere del testatore, si è, che la legge gli » permette tutto ciò, che non gli proibisce espressa» mente; ella si dimette, per così dire, della propria auto» rità nelle sue mani, e gli concede una spezie di confor-

 » to

» to della mortalità, permettendogli di vivere nella per-
» sona degli eredi. Ella domina sopra i viventi, ma
» rispetta la libertà de' defunti. In tutte le altre azioni
» della vita l'uomo sembra del tutto sommesso alla
» disposizion della legge; alla morte, per opposito,
» sembra che la legge si sommetta ella alla volontà del-
» lo uomo. Quindi quelle magnifiche espressioni delle
» XII tavole: *Ut quisque pater familias legassit, ita*
» *jus esto*. Quindi le parole non meno energiche di
» GIUSTINIANO: *Disponat unusquisque super suis . . .*
» *et sit lex ejus voluntas* ». Così uno de' grandi uo-
mini, che han preparato da lontano in Francia la no-
vella legislazione, il Cancellier d'AGUESSEAU (1).

Sfidiamo i nostri contraddittori a conciliare questo principio colle loro tacite proibizioni, e nelle circostanze soprattutto, che la legislazione del Codice Civile fra noi s'innesta immediatamente alla romana. Gli sfidiamo a poter conciliare il divieto della pupillare col nessun luogo, che vi si truova nella sede, che sarebbe stata la propria di tal divieto. Gli sfidiamo a conciliare il divieto della pupillare, che, come si è veduto, è una con-

(1) *Plaidoyer LIII. Oeuvres, tom. IV, pag.* 569. *In* 4.°

condizionale istituzione, colla regola generale dello stesso Codice, la qual rigetta le sole condizioni *impossibili o contrarie alle leggi ed a' costumi* (1). *Leggi*, dice il Codice, cioè testi positivi, disposizioni espresse; non presunzioni e congbietture, che spesso si confondono colle fantasie e colle chimere, e dalle quali sarebbe ben dura cosa, che dovesser dipendere i diritti de'viventi e de'trapassati. Ma passiamo a vedere, quali sieno e quanto stringenti sì terribili conghietture.

Il Codice Civile, dice l'uno, proscrive la fedecommessaria, permette la vulgare, non parla della pupillare. Dunque non la vuole. — Quel Codice ha tolta la diredazione; or tolta con essa quella pupillare, che si faceva a' diredati, la pupillare, che restava, cadeva sopra i beni del padre stesso; e questa è una fedecommessaria vera. — Niuno, dice altri, può secondo il Codice Civile, testar per altrui. Or la pupillare era il testamento, che faceva il padre al figliuolo. — La pupillare era un diritto di eccezione nella legislazione romana; questa eccezione non è stata accolta dal Codice Civile. — La pupillare (ripiglia un terzo) aveva luogo ne' discendenti, che alla morte del testatore, non ricadessero in

po-

(1) *Art.* 900.

potestà altrui, come ricadeva il nipote, che morto l'avolo, passava nella potestà del figliuolo. Ora il Codice Civile, morto il padre, fa ricadere il figliuolo nel potere della madre. — La pupillare escludeva la madre finanche dalla legittima dovuta a lei dalla eredità del figliuolo: il Codice Civile attribuisce l'usofrutto legale alla madre sopra i beni del figliuolo. — In fine la patria potestà romana (tutti gridano) era la cagione della pupillare. Patria potestà di quella fatta non più si conosce dopo il Codice Civile. Dunque la pupillare è cessata con essa, come l'effetto cessa colla sua cagione. Scorriamo, quanto basti, tutti i primi argomenti, che ci vengono qual da uno degli avversarj, e qual da un altro; per fermarci alquanto più all'ultimo, di cui tutti fanno il lor punto d'unione.

1. Se il Codice proibisce la fedecommessaria, e permette la vulgare; dunque almeno con ciò si concede, che il divieto dell'articolo 896 non include la pupillare. Resta quindi il solo silenzio del Codice; ed a questo abbiamo già osservato, che supplisce tra noi il diritto romano. Tanto egli è vero, che il silenzio d'una nuova legge non basta a proscrivere un diritto prima stabilito, che a sbandire in Francia le enfiteusi, fu inserito nel Cod. Civ. l'articolo 530, col quale si dichiarò redimibile ogni rendita perpetua. Il Sig. *Bigot Preameneu*

meneu insistè appunto per tale inserzione, dicendo, *che se il Codice Civile avesse taciuto sulle rendite prediali, sarebbero state credute autorizzate in virtù dell'assioma, che tutto il non vietato dalla legge è permesso* (1). Nondimeno questa indiretta proibizione neppure tra noi valse, e l'enfiteusi nel regno non mai sono cessate.

2. La diredazione faceva uno degli accidenti della sostituzione pupillare, e non ne toccava la sostanza. Anzi da' figliuoli istituiti eredi i beni passavano al sostituto, come beni del figliuolo, non come beni del padre. *Pater enim non suis, sed tamquam impuberis bonis substituit.* Ne abbiam ragionato a lungo di sopra (2).

3. Se il Codice Civile definisce il testamento per un atto, con cui il testatore dispone, per lo tempo, nel quale non sarà più, di tutti i suoi beni o di loro parte (3); così anche il diritto romano dava forza di legge a quell'ultima volontà dell'uomo, che cadeva *super familia pecuniaque sua* (4). Nè si dica, che la roba del figliuolo veniva nella disposizione paterna, come roba del padre, perchè i beni castrensi, i quasi castrensi e gli avventizj non

(1) *Conférence du Cod. Civ. Art.* 530, verso il fine.
(2) §. XXI di questa III parte.
(3) *Art.* 895.
(4) *V ex XII Tabb.*

non eran certo roba del padre. Ma di ciò più a lungo nella obbiezione tratta dalla patria potestà. Più. Le attuali Leggi Civili han ripetuta la definizione del Codice Civile; nè l'han creduta ripugnante alla pupillare da loro rinnovata, anzi, come vedremo, ampliata.

4. La pupillare non faceva nella romana legislazione un diritto di eccezione, ma un diritto da se. E poi se l'eccezioni non distruggono, anzi conferman le regole, può bene supplirsi altronde una eccezione, senza che la regola di un codice qualunque ne soffera. Se volessimo dare il catalogo delle eccezioni, che fa la giurisprudenza alle regole del Codice Civile, senza che vi si leggano inserite, sarebbe lunghissima opera.

5. La pupillare non aveva luogo sopra figliuoli, che morendo il testatore, ricadessero in altrui potestà. Dunque non può mai averlo sotto un diritto, che alla morte del padre fa ricadere tutti i figliuoli nella potestà della madre. Questo argomento pone l'accessorio al pari del principale, il secondario al grado del primario; ed al più fa eguale il meno. Se la potestà della madre, qualunque ella si sia, tace in faccia al padre, ed è sempre minore della paterna (1), come faremo venir me-

---

(1) *LL. CC. Art.* 373, 374, 381, 384, 389, 390, 391 *ec.*

meno quella del padre in faccia alla madre? La stessa tutela de' figliuoli, che scade di diritto alla madre dopo la morte del padre, non viene esercitata da lei sola, quando il marito le abbia destinato un ajuto. Il gran fine della pupillare è il preservare la vita del pupillo dalle insidie di coloro, che gli dovrebbono altrimente succedere *ab intestato*. Se dalla cattiva indole di una madre venga ingenerato questo sospetto nel cuore paterno, se il padre tema nella moglie una snaturata Medea (*), priveremo di tal soccorso le vite de' figliuoli? La favola e la storia ci danno più esempj di tanta atrocità nelle madri, che ne'padri. Il nipote, che per diritto romano, morto l'avolo, ricadeva nella potestà del padre, trovava una potestà della stessa spezie, della stessa natura, della stessa dignità, ed egualmente provvida e sicura, che quella, da cui usciva.

6. Che il padre con fare egli il testamento al figliuolo potesse privar la madre della legittima, dovutale dai beni dello stesso figliuolo, era una quistione nel diritto antico (1). Risolvasi pure questo articolo affermativamente; anderà sempre fra gli accidenti della sostituzion pu-

(*) *Nec pueros coram populo Medea trucidet. Hor.*

(1) *V.* B*OEHMERUM* *ad princ. Inst. De pupil. subst.* M*ENOCHIUM*, *lib. IV*, *Præsumpt.* 38 *etc.* D*OMAT*, *Loix Civiles*, *L. V*, *tit. II.*

pupillare. Ma che ha egli di comune coll' usofrutto legale dovuto alla madre da' beni del figliuolo? E se vi ha veruna analogia, non poteva forse il padre disporre, che non avesse la madre usofrutto sopra i beni, che lasciava al figliuolo (1)? In fatti le leggi attuali nel rinnovare la pupillare, non si sono brigate di toccar questo punto.

§. XLIII. Analisi della obbiezione, che si cava dalla patria potestà. Disamina delle proposizioni, che ne risultano. Si comincia dall' ultima, cioè che cessata la cagione, cessi l' effetto.

Venghiamo finalmente alla difficoltà, che tutti i ostri a vversarj spacciano come la maggiore; cioè quella, che traggono dalla mancata potestà patria de'Romani. Il loro discorso consiste in tre proposizioni. 1. La sostituzion pupillare era un effetto della patria potestà, propria de' Romani. 2. Sì fatta potestà è subito cessata all' apparire del Codice Civile. 3. Cessata la causa, è cessato l' effetto. Esaminiamo queste proposizioni, cominciando dall' ultima.

I. *Cessante causa*, *cessat effectus*; proposizione troppa vaga; e materia, in cui le eccezioni sopraffanno la

(1) *Art.* 387, *C. C.*

la regola. Basta vederle nel TIRAQUELLO, che in un trattato, il quale ha per titolo la pretesa regola, vi reca fino a *quaranta limitazioni*, ed occupa con queste i due terzi dell' opera. Sicchè il CUJACIO, alludendo manifestamente alla poca utilità della regola suddetta, che chiama ora *vulgare verbum*, ed ora *vulgarem regulam*, riprende per tal opera, di ozio e di abuso di tempo il citato scrittore, di cui solo risparmia il nome. *Fuit senator quidam adeo otio abundans, et tempore, cujus impensa nulla est major, ut librum scripserit de illa vulgari regula*, Cessante causa, cessat effectus (1). Ed in vero, che di più falso sotto i principali rapporti, così nel fisico, come nel morale? L' albero è la cagione del frutto: l'albero è posto al fuoco, e cessa: dunque cessano di esistere i frutti, che ne saranno stati prodotti? Il padre è la cagion del figliuolo: dunque morendo il padre, morrà con esso il figliuolo? Il fuoco è la causa del calore: spento il fuoco, cesserà di botto il calore? L'autorità del legislatore è la causa vera della legge: cessa il legislatore, e cesserà la legge con lui? Ma non è quì il luogo d'una dissertazione ontologica, per far vedere, quanti equivoci in se racchiuda, se debba esser preso alla lettera, quel detto, di cui bene il CUJACIO fa il volgo autore. Ac-

---

(1) *Ad Decretales, lib. II, cap. LX.*

Accostiamoci al nostro uopo. La causa vera, come dicemmo, della legge è l'autorità del legislatore: *Causa legis obligatoria est placitum summæ potestatis in republica, habens pro fine suo publicam civium utilitatem* (1). Questa causa per dirsi cessata nel senso, che partorisca il cessamento dell'effetto, debbe essere sopraffatta da una nuova autorità legislatoria, che distrugga l'effetto della prima. Puote anche cessare la legge, cessando la ragion della legge, ossia il motivo, che indusse il legislatore a farla. Ma quanti requisiti occorron per questo! In primo luogo dee cessare nella sua generalità, e non ne' casi particolari (2). In secondo luogo la ragione, che cessa, debbe essere l' unica della legge, e tale, che la legge senz'essa rimanga del tutto irragionevole (3). Se ne resti altra, benchè non sia la principale, la legge tuttavia sussiste. E se sia cessata quella, che si crede unica, ma non perciò diventi irragionevole la legge, rimane questa per l'autorità del legislatore (4). Don-

---

(1) *Huber. Prælect. jur. civ. Tom. II, lib. I, tit. III, n. 7.*

(2) *Huber. Ibid. num. 9.*

(3) *Tiraquellus, part. I, n. 178.*

(4) *Id. ibid.*

Donde siegue, che quando la ragione della legge sia ignota, convien tuttavia rispettar la legge; perchè *non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest . . ., alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertuntur* (1); e si ricaderebbe così nell' *incertum jus*, ch' è il gran male, a cui la introduzione delle leggi positive ha dato compenso.

Senza queste ed altre distinzioni non si spiegherebbe, come introdotta per esempio la enfiteusi per la coltura de' campi o sterili o derelitti, si sia mantenuta anche ne' paesi pienamente coltivati; come ammessi i codicilli per *le grandi e lunghe peregrinazioni* (ad occasion delle circostanze di L. Lentulo, che trovandosi in Africa, senza poter fare un testamento solenne, consegnò in una lettera i suoi estremi voleri 2), se ne sia comunicato l'uso anche a coloro, che avesser tutto l'agio di fare un testamento in patria; come introdotti i feudi per lo servigio della guerra, si sieno per tanto tempo fino a' dì nostri mantenuti, dopo creata negli stati di Europa un'altra forza militare ecc. ecc. Questi e cento altri esempj dimostrano, che può bene una legge regge-

(1) *L.* 20 *et L.* 21, *D. De Legibus*,

(2) *Princ. Inst. De Codicillis. Et ibi* VINN.

gere, non ostante, che sia cessata la ragione, che la fe nascere; o perchè la cessata, quantunque principale, non fosse l'unica, o perchè altra il tempo gliene abbia sostituita, o perchè le assuefazioni consiglino a tollerarla. Da tutte le cennate cose però sorge luminoso il principio, che dove la ragion primaria della legge, cioè quella, che si chiama *causa finale*, regga tuttavia, è un paradosso il pretendere, che senza una espressa abrogazione, o una contraria consuetudine degna di questo nome, sia la legge cessata. E in ciò convenir debbono loro malgrado, volendo essere conseguenti, anche i sostenitori della regola pretesa.

§. XLIV. Confutazione della seconda proposizione, che la patria potestà, propria de'Romani, sia cessata alla pubblicazione del Cod. Civ.

II. È cessata, si dice, col principiar della nuova legislazione la rigida potestà patria de'Romani. Oh quanti e quanti secoli si cancellerebbero dalla storia, se questa proposizion fosse vera! Dunque il nostro secol decimonono si confonde col secolo di Romolo, quando per le leggi di quel fondatore della città guerriera, *fu data al padre sopra il figliuolo, per tutto il tempo della vita, ogni potestà, o che gli venisse talento d'incarcerarlo, o di*

fu-

fustigarlo, o di tenerlo legato a lavorare in campagna, o di ammazzarlo; ed ancorchè il figliuolo maneggiasse gli affari pubblici, ancorchè avesse dato di se pruova nei maggiori posti, ancorchè il suo zelo verso il ben pubblico l'avesse ricolmo di gloria. Così l'esimio scrutatore delle romane antichità, DIONIGI da ALICARNASSO, descrivendo la rigida potestà patria de' primi tempi sulla persona del figliuolo (1). Appresso: *Nè si fermò a questo punto il legislator de' Romani; ma permise inoltre al padre di vendere il figliuolo, senza brigarsi, se tal permissione potesse sembrar dura e più forte di quel, che le affezioni di famiglia comportino. Ma quello, che si stimerà tirannico e crudele da chiunque educato sia ne' molli costumi de' Greci, si è, che concedè al padre di lucrare sul figliuolo, col venderlo fino a tre volte, dando con ciò maggior potere al padre sul figliuolo, che al padrone sul servo. Imperciocchè il servo ven-*

---

(1) Ο δε των Ρωμαιων νομοθετης απασαν, ως ειπειν, εδωκεν εξουσιαν πατρι καθ'υιου, και παρα παντα τον του βιου χρονον, εαν τε ειργειν, εαν τε μαστιγουν, εαν τε δεσμιον επι των κατ'αγρον εργων κατεχειν, εαν τε αποκτιννυναι προαιρηται· καν τα πολιτικα πραττων ό παις ηδη τυγχανη, καν εν αρχαις ταις μεγισταις εξεταζομενος, καν δια την εις τα κοινα φιλοτιμιαν επαινουμενος. *Antiquitatum romanarum lib. II, pag.* 96, *Lipsiae* 1691.

venduto una volta, se ottenga la libertà, indi in poi resta di suo diritto. Ma il figliuol venduto dal padre, se il comperatore il manometta, viene di nuovo in potestà del padre. E venduto e poi affrancato la seconda volta, divien servo, come prima, del padre. Dopo la terza vendita (finalmente) era liberato dal potere paterno (1). E parlando de' beni, lo stesso scrittore dice altrove: *I Romani nulla posseggon di proprio, viventi i padri; ma così de' beni, come de' corpi de' figliuoli, è lecito ad essi disporne, come lor piace* (2). Le leggi il

(1) Και ουδε ενταυθα εστη της εξουσιας ο των Ρωμαιων νομοθετης, αλλα και πωλειν εφηκε τον υιον τω πατρι, ουδεν επιστραφεις ει τις ωμον υποληψεται το συγχωρημα, και βαρυτερον η κατα την οικειαν συμπαθειαν. Και ο παντων μαλιστα θαυμασειεν αν τις υπο τοις ελληνικοις ηθεσι τοις εκλελυμμενοις τραφεις, ως πικρον και τιραννυκον· και τουτο συνεχωρησε τω πατρι, μεχρι της τριτης πρασεως αφ'υιου χρηματισασθαι, μειζονα δους εξουσιαν πατρι κατα παιδος, η δησποτη κατα δουλου· θεραποντων μεν γαρ ο πραθεις απαξ, επειτα την ελευθεριαν ευραμενος, αυτου το λοιπον κυριος εστιν· υιος δ'ο πραθεις υπο του πατρος, ει γενοιτο ελευθερος, υπο τω πατρι παλιν εγινετο. και το δευτερον απεμπολη θεις, τε και ελευθερωθεις, δουλος, ωσπερ εξ αρχης, του πατρος ην· μετα δε την τριτην πρασιν απηλλακτο του πατρος. *Ibid. pag.* 97.

(2) Ρωμαιοις γαρ ουθεν ιδιον εστι κτημα, ζωντων ετι των πατερων, αλλα και τα χρηματα, και τα σωματα των παιδων ο τι βουλονται διατιθεναι τοις πατρασιν αποδεδοται. *Lib. VIII, pag.* 546.

delle XII tavole confermarono così rigide istituzioni (1).

Tante durezze i tempi seguenti le ammollirono a poco a poco. Ed in quanto alle persone, le cose vennero a tale, che tranne la ordinaria correzione, ove il figliuolo avesse meritato un gastigo più grave, fu imposto a'padri di *ricorrere al magistrato*. Fin dall' Imp. ALESSANDRO, che regnò nella prima metà del terzo secolo cristiano, si vede commesso alle autorità pubbliche l'uso de' *rimedj più acri*, di cui avesse uopo la *contumacia* de' figliuoli (2). E gl' Imperadori VALENTE e VALENTINIANO nel quarto, dando la facoltà della correzione domestica a' propingui, indicano in questa lor legge, che i padri non ne avessero maggiore. *Jure patrio auctoritas corrigat propinqui juvenis erratum* (3). Ecco svanita in questa parte ed in questo tempo la patria potestà, subito che la troviamo a tutti i parenti accomunata. In quanto a' beni, chi non sa, come di mano in mano, colla distinzion de'peculj, gli

---

(1) *Endo liberis justis jus vitæ, necis, venumdandique potestas ei (patri) esto — Si pater filium ter venumdit, filius a patre liber esto. Tab. IV.*

(2) *L.* 3, *C. De patria potest. L.* 2, *D. Ad leg. Cornel. de sicariis.*

(3) *L. un. De emendatione propinquorum.*

gli acquisti de' figliuoli vennero tolti a' padri? Il peculio castrense cominciò ad esser proprio de' figliuoli fin dai tempi di AUGUSTO; si passò indi al quasi castrense (1). COSTANTINO detrasse indi i beni materni; GRAZIANO, VALENTINIANO e TEODOSIO, i beni del lato materno; LEONE ed ANTEMIO, i lucri nuziali e sponsalizj; GIUSTINIANO finalmente, gli avventizj di qualunque altra sorta (2). Restarono così al padre i soli profettizj, cioè quei beni, che dava egli stesso, cioè i beni suoi.

E se GIUSTINIANO dopo tanta riduzione di cose, diceva tuttavia: *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus* (3); era un parlare di allusione alla origine di quel diritto, o di adulazione in verso de' Romani. Imperciocchè il potere paterno ha le sue fondamenta nella natura; come ben disse un più vero Romano, che fiorì molti secoli prima di quell' Imperadore: *Vis et lex naturæ semper in ditione parentum*

(1) *Vinn. ad* §. 1, *Inst. Per quas personas cuique adquiritur. Num.* 1.

(2) *Id. ibid. num.* 3.

(3) §. 1, *Inst. De patria potestate.*

tum liberos esse jussit (1). Per la qual cosa scrisse bene il GUDELINO: *Nam alioqui nulla gens est vel fuit sub sole, quæ non tribuerit aliquam auctoritatem et potestatem parentibus erga liberos, ratione naturali et lege divina hoc præscribente, ut parentes honoremus, et revèreamur, eisque pareamus et obsequamur* (2). Il proprio de' Romani fu quella esorbitanza, ch'ebbe luogo tra loro per parecchi secoli dalla loro origine; ma sotto gl' Imperadori, ed a' tempi di GIUSTINIANO, la cosa si ridusse presso a poco a quel, ch' è consono alla ragion naturale, cioè alla *direzione* de' figliuoli, e per renderla efficace, alla *modica coercizione*; ed a qualche diritto sopra i lor beni.

Ora gli odierni costumi, se si prescinde da qualche accidente di minor conto, che dan di meno a' padri? Lo stesso Codice Civile non concede loro la *modica coercizione*, e finanche l'uso libero del carcere per un tempo stabilito (3)? E l' usofrutto, che la legge concede ad essi fino agli anni 18 de'figliuoli, sopra i costo-

(1) *PLINIUS in Panegyrico.*
(2) *In jure novissimo, lib. I, cap. XIII, n. 2.*
(3) *Art.* 376.

storo beni e castrensi e quasi castrensi e materni e del genere materno e i provenuti dalla prospera fortuna, non è un compenso di qualche altro diritto nella parte de' beni, che avevan per le leggi antiche? E se tai diritti sono in parte comuni alle madri, è questa più tosto ampliazione, che abolizione del domestico potere.

Guardi il cielo, che il Codice Civile avesse spenta, o talmente estenuata, come si pretende, la prima, la naturale, la paterna magistratura! La rivoluzione il tentò, secondochè si è veduto, ma come uno de' mezzi da operare la general corruttela. Ripigliate le cose, si vide subito, quanto importasse al bene degl' individui, all' utile delle famiglie, alla tranquillità degli stati, all' interesse dell' uman genere, il riporre il più dolce freno, che contener possa la gioventù, in mano ai genitori. Si ricominciò a gustare la sentenza d' un gran politico del passato secolo, o più tosto un oracolo della ragione, ripetuto da lui, dietro tutti i saggi, che l' avean preceduto: » Ch' egli è un contrassegno di molta sapienza in un legislatore, quando ei concede ai » padri una più grande autorità sopra i figliuoli; poichè » nulla meglio di ciò allevia i magistrati, nulla meglio » diminuisce la folla de' tribunali, nulla spande più di » tranquillità nello stato; dove da' costumi, e non dal-

» le

» le leggi, son sempre formati i migliori cittadini (1). »
Quindi venne fuori la legge sulla patria potestà, che formò un titolo del Codice Civile. Quindi nella discussion delle disposizioni da permettersi a' padri, si agitò il progetto d' una disposizione chiamata *officiosa*, la quale in sostanza era un testamento, che il padre facesse al suo figliuol prodigo, in favore de' nipoti; e non dubitossi di giustificarla, considerandola, *come una seguela della patria potestà, e come un mezzo di adempiere il dovere di lasciare i beni a' proprj figliuoli* (2). Quindi procedendo per la medesima via segnata nella riforma della legislazione, non cessarono e non cessano i buoni di raccomandare a' legislatori una istituzione sì bella, che non essendo dell'uomo, è delle più sublimi fatte per gli uomini (3). Passiamo alla terza disamina.

(1) *Montesquieu*, *Lett. Pers. CXXIX.*

(2) Del Sig. Tronchet. *Conference du Code Civil. Artt.* 896, 897, 898, 899.

(3) *De Poly*, *Essai sur la puissance paternelle. Paris*, 1820.

§. XLIV. Confutazione della prima proposizione, che la sostituzion pupillare dipendesse dalla patria potestà romana.

III. *La sostituzion pupillare era effetto della potestà patria, propria de' Romani.* Se quest' altra proposizione non fosse falsa, come le confutate, e se l' effetto seguisse sempre la sorte della sua causa, la sostituzion pupillare avrebbe seguito le fasi della patria potestà dei Romani. Ma noi all' opposto abbiam veduto nascer con Roma la patria potestà romana, e non prima del settimo secolo della sua era apparire un primo esempio di sostituzion pupillare, nella causa Curiana. Abbiam veduta la pupillare, pe'responsi de'giureconsulti e per le costituzioni de'Cesari, venire di giorno in giorno sempre più in voga sotto gl'Imperadori, a misura, che la patria potestà dechinava; e salire al suo apice sotto Giustiniano, quando la patria potestà civile si ridusse a poco più della naturale. Giustiniano in fatti fu, che distese la pupillare al caso del mentecatto e del furioso, traendone la *esemplare*, la quale nella sostanza è la stessa cosa, che la pupillare. Nè vale il dire, che la esemplare ebbe per causa la pietà, talchè anche alla madre fu conceduta, ed a tutti gli ascendenti sforniti di patria potestà; laddove la vera pupillare procedeva dalla po-

te-

testà; perocchè questo è porre in principio quel, di che si quistiona. Qual è di grazia nella realità della cosa, la differenza fra il nominar l'erede a chi per la età non possa far testamento, e il nominarlo a chi nol possa per la infermità della mente? Anzi la seconda cosa pruova, che la potestà non sia in tutto ciò essenziale, potendosi senza potestà far questa, ch' è simile alla prima. Dipende dalla potestà la prima (osserva qualche scrittore) e dalla pietà la seconda, perchè la prima si fa per esercitare un potere sopra la roba del figliuolo, e la seconda per soccorrere alla sua disgrazia. Ma questa è una distinzione di semplice intenzione; la quale può essere in ciascun de' casi all' opposto, ed in ambi la stessa. Ma considerate le due sostituzioni in relazione alla legge, ogni differenza svanisce; e GOVEANO delle due ne fa una sola e nel nome e nella sostanza: *Exemplaris substitutio*, *cum* EADEM RATIONE *introducta sit*, *qua pupillaris*, *potest et ipsa dici pupillaris* (1). I figliuoli di famiglia erano *res mancipi* de' padri; e i loro beni eran de' padri. Si, ma sotto il diritto regio, e sotto quello delle XII tavole; non sotto quel degl'Imperadori. E i mentecatti e i loro beni non furon mai *cose* delle madri, nè de' materni ascendenti.

 Ma

(1) *Ad tit. De vulg. et pup. In præfat. num.* 8.

Ma come la patria potestà poteva essere la vera causa della pupillare, se questa veniva a verificarsi nel figliuolo dopo morto il padre, cioè dopo la sua potestà estinta (1)? E sopra beni, a cui neppure in vita il suo potere si estendeva, com' eran gli avventizj? per non parlare de' castrensi e de'quasi castrensi, che difficilmente potevano aversi da un impubere.

Altro è, che la patria potestà fosse un *requisito* per usare la pupillare, altro, che ne fosse la *causa*, o la ragione. BARTOLO sembra, che abbia fatta questa distinzione, poichè la pone tra' *requisiti* per sostituire pupillarmente (2). Ma un requisito era altresì, che il padre facesse prima a se il testamento; e de' requisiti BARTOLO ne numera fino ad otto. Dunque saranno otto le *cause* della pupillare? Si può più ragionevolmente dire, che ad *occasion* della patria potestà nascesse l' uso della pupillare; tanto più che nacque *moribus*, come ci han fatto sapere ULPIANO e GIUSTINIANO; sicchè aveva bisogno d' un appoggio e d' un pretesto.

(1) *Hi vero, qui in potestate parentis sunt, eo mortuo, sui juris fiunt. Princ. Inst. Quibus modis jus patriae potestatis solvitur.*

(2) *Ad L. 2, D. De vulg. et pup.*

sto. E tal pretesto fu tolto dalla patria potestà, siccome oggi insegna in Francia il Delvincourt: *Hæc substitutio introducta fuit moribus populi romani, seu potius interpretatione prudentum, qui quidem* COLOREM *quæsierunt ex patria potestate, per quam pater et filius una et eadem persona censentur* (1). Ma altro è il motivo di una legge, altro il colore; altra la causa di una cosa, altra il pretesto. La patria potestà servì dunque di *colore* a sì fatta introduzione, la quale sarebbe corsa senz' essa, se altro appoggio le avessero dato i suoi inventori.

Ma pongasi pure, che fra l'una cosa e l'altra passi una essenzial relazione, e non possa stare la pupillare senza la patria potestà. Di qual potestà ciò intenderemo? Del suo eccesso, ch'era il proprio de'Romani, e che il tempo emendò a poco a poco? Di quella parte, che permetteva la impune occisione, e la triplice vendita di un figliuolo? e che nulla al figliuolo lasciava, ch'ei potesse dir suo? Crediamo, che non si voglia questo. Dunque dovremo riferirla all'altra parte più umana, che fondata sulla natura resse al tempo, e regge tuttavia, dovunque si conoscono i modi del viver civile. La pa-

 tria

(1) *Jur. rom. element. Lib. II, tit. XVI.*

tria potestà ha diritti, ed ha doveri. De' diritti alcuni variano colla varietà delle leggi positive da popolo a popolo; alcuni sono gli stessi dappertutto, come quello di gastigare amorevolmente i figliuoli, di amministrare i loro beni, e di aver sopra questi alcuna ragione. I doveri sono dappertutto conformi; stanno scritti nel codice della natura; si truovano impressi più o meno nel cuor d'ogni padre; e si riducono tutti a promuovere il ben de' figliuoli per ogni via. Or la sostituzion pupillare si riferisce alla parte più naturale e più ragionevole della patria potestà. *Hæc substitutio* (scrive ULRICO HUBERO) *rationi optime congruit, ut pro eo, qui per judicii infirmitatem ipse testari nequit, fungatur is, quem natura gubernatorem omnium ipsius actionum esse voluit* (1). Ma rammentiamo il fine della istituzion pupillare, e vedremo con qual parte degli officj paterni abbia più ella relazione.

Il suo fine era ben noto; ed il fondamento di esso era in proverbio presso i satirici di Roma:

Pupillumve utinam, quem proximus heres
Impello, expungam (2)!

E

(1) *Praelect. jur. civ. Tom. I, De pupill. Num.* 1.
(2) *PERS. Satyr. II.*

E questo stesso intender volle GIUSTINIANO, quando estendendo la pupillare al mentecatto, disse di farlo *Humanitatis intuitu* (2). In che la umanità vi era interessata, se non nel fine di cautelare la vita del mentecatto? Ora lo allontanare le insidie dalla vita di un figliuolo dovrà dirsi di quella potestà, che impunemente uccideva, o di quella, che vigilava per conservare? Dovrà dirsi della ferocia de' primi Romani, o della sollecitudine dei più amorevoli genitori? Chi non vede, che in questo effetto meno influisce il diritto, che il dovere; meno il proprio interesse, che l'affezione? e che mal dicemmo in un luogo, chiamando figlia della paterna autorità la sostituzion pupillare, essendo veramente ella la figlia del consiglio e della tenerezza de' padri?

Novella pruova di ciò. Udimmo dire a GIUSTINIANO, che niuna nazione avesse quella patria potestà, che i Romani aveano. Vedemmo DIONIGI da ALICARNASSO asserire, che a' molli e rilassati costumi dei Greci parer doveva intollerabile peso quel della patria potestà romana. Ora il popolo il più urbano, il più raffinato, il più spiritoso di tutti i Greci, gli Ateniesi, cinquecento anni prima o in quel torno, che vedessimo

 com-

(2) *L. 9, C. De impuberum et aliis subst.*

comparire in Roma la sostituzion pupillare, l' avevano essi per legge e per opera di Solone (1). Ecco le parole di quella legge: *Quidquid pater, legitimis liberis superstitibus, testamento jusserit, si obierint liberi, priusquam duobus annis pubertatem excesserint, testamentum patris ratum esto* (2). Così dunque presso gli Ateniesi tanto tempo prima de'

(1) Secondo la cronologia più comune Solone dava le sue leggi agli Ateniesi l' anno 160 di Roma; laddove la causa Curiana fu agitata qualche anno prima del 666, poichè Crasso, che la trattò, morì poco avanti di scoppiare la guerra sociale. Cic. *De orat. Lib. III*, *princ.* Solone precede anche le XII tavole di circa 140 anni.

(2) La legge di Solone ci è stata conservata da Demostene nella seconda orazione contra Stefano. Oτι αν, γνησιων οντων υιων, ο πατηρ διαθηται, εαν αποθανωσιν οι υιεις, πριν επιδιετες ηβαν, την του πατρος διαθηκην κυριαν ειναι. A quanti anni finisse la impubertà, di cui parla Solone, oltre la quale doveva poi trascorrere il biennio, presso gli eruditi non è costante. Il Budéo (*Comment. ling. graec. Pag.* 125, *Parisiis* 1548), lo Stefano, lo Scapula, la Planche ne' loro Lessici (V. Επιδιετες), mentre tutti convengono nell' aggiugnere il biennio alla impubertà finita, ne fanno risultare la età di anni sedici, poichè pongono il principio della pubertà a' 14, come presso i Romani. All'opposto Samuel Petito, aggiugnendo anche

de' Romani. Dirassi più ora, che la sostituzione agl'impuberi sia della propria decantata potestà patria de' Romani; e non anzi di quella di ogni popolo, che senta gli umani affetti, e le naturali sollecitudini di un moribondo padre, su'pericoli della sua tenera ed orfana prole?

che egli i due anni, fa terminare la pupillare di Solone agli anni venti. La diversità de'pareri procede dalla varietà, non avvertita da'primi, fra gli Ateniesi e gli altri Greci sulla pubertà; poichè gli Ateniesi la ponevano a'diciotto, mentre gli altri Greci ai quattordici. Così si spiega la parzial discordia degli scrittori sul senso della legge di Solone; discordia parziale, perchè non sul senso gramaticale, ma sul senzo archeologico. È bellissimo ed opportunissimo al nostro intento il comento del Petito, il quale non solo spiega la età vera della pubertà Ateniese; ma fa vedere (ch' è quel, che c' importa), perchè la legge ponesse la durata della pupillare ad un biennio di più. La pubertà semplice bastava, perchè il giovinetto venisse iscritto nell'albo degli *efebi*; ma per disporre delle sue cose e per far testamento si richiedevano due altri anni di più. *Pupillarem, uti juris romani, quamquam in annis numerandis, non inter utrumque populum conveniat,* SUBSTITUTIONEM *instituit (Solon). Idque testamentum, quod sibi impuberibusque liberis fecit pater, ratum esse voluit, quo scribitur heres, si filius* πριν επιδιετες ηβαν, *id est, ut alibi diximus,*

prius-

Rafforza questa pruova l' uso de' moderni popoli di Europa, a' quali certamente non sono giunti i duri costumi de' Romani antichi. La pupillare è stata dappertutto accolta, dove nella sua forma nativa, dove sotto la figura di fedecommesso, che in quanto all' effetto, non varia la cosa. PIETRO REBUFFO, per cominciar dalla Francia, premette, che in quel regno la patria potestà si conosceva, in quanto giovasse a' soli figliuoli. *Filii non sunt in potestate in regno Franciæ, quatenus*

---

priusquam annos natus viginti, a quo demum anno sui iuris est, et των επιτροπων cura sive tutela exiit, in vivis esse desierit. Ab anno vicesimo filius sui erat iuris, και ηδη τα πατρωα παρελαμβανε, ut loquuntur Attici iurisconsulti: neque amplius quicquam iuris in illius bona erat alteri, neque expectanda substitutio. Solam enim hanc pupillarem *admitti voluit* SOLON, *qui τα χρηματα κτηματα των εχοντων εποιησεν. Atque hæc est a* SOLONE *instituta, quia eius lege pueri ante annum ætatis vicesimum non poterant heredem scribere, aut aliquid e bonis suis dare, legare alteri, præter hordei medimnum. Ad leges atticas, in Jurisprudentia romana et attica. Tom. III, Lugduni Batavorum*, 1761, *pag.* 582. *Adde pag.* 227. In fine ogni dubbio cessa, se si consulti l'*Onomastico* di POLLUCE (lib. I, cap. VII, e lib. VIII, cap. IX), da cui ha tratta la sua spiegazione il PETITO.

nus esset eis præjudicium ; sed consuetudo Franciæ inolevit, ut libere post annos quatuordecim testari possint, et ut pater nil habeat in eorum bonis adventitiis. Soggiugne indi immediatamente , che la pupillare sostituzione ha luogo in loro , perchè utile a' figli. *Sed esset in præjudicium illorum , si non posset eis substitui, quia intestati decederent , et sic in odium illorum retorqueretur. Et postquam in Francia servantur leges , tamquam naturales et bonæ , ita substitutio pupillaris servabitur* (1). Il Fabbro nel suo Codice reca molte decisioni riguardanti la pupillare , che fan vedere, quanto ne' paesi al di quà dalla Francia fosse la medesima praticata (2). Per la Spagna e 'l Portogallo ne diamo testimonj il Gomesio e 'l Goveano , le cui dottrine parte abbiamo vedute e parte ancora vedremo.

Lo Strykio per la Germania , nell' *Uso moderno delle Pandette*, scrive : *Materiam substitutionis tam vulgaris, quam pupillaris adhuc usu hodie servari , experientia testatur ; et quamvis* Groenewegen (*ad princ. Inst. De pup. subst.*) *contendere velit , pupillarem sub-*

 sti-

---

(1) *Ad caput Raynutius , Extra , De testamentis. De pupill. subst. Num.* 28.

(2) *De impuberum et aliis substit.*

stitutionem, immo et exemplarem hodie in desuetudinem abiisse, extra Belgium tamen hanc sententiam admittendam haud esse, tot præjudicia jurisconsultorum testantur (1). Qualche modificazione soltanto per alcun picciolo stato alemanno s'indica da questo esatto scrittore, che conferma la sua testimonianza nel generale (2).

Vuolsi dunque da' paesi settentrionali eccettuarne, come ben dice lo STRIKIO, il Belgio. Eppure ivi, se non è ricevuta la pupillare, tal quale ce l'han trasmessa i Romani, si fa valere per fedecommesso. *Sed et gentis nostræ simplicitati conveniens esse multi existimant, ut substitutiones directis verbis in secundum casum factæ*, Si *heres erit, et intra certum tempus* decesserit, *alius directo substituatur, valeant jure fideicommissi, quasi factæ codicillo*. Così il VINNIO (3). Bellissima soprattutto è la distinzione, che fa il VOET: *Plane nostris moribus, si pater filio ultra pubertatem verbis directis substituerit, ea in fideicommissariam flecti placuit . . . Qua occasione generaliter observandum, pupillarem substitutionem*, QUA-

(1) *Lib. XXVIII, VI*, §. 1.
(2) *Ibid.* §. 6.
(3) *Ad tit. Inst. De pupill. subst. In fine*.

QUATENUS *pro fundamento habet patriam potestatem, et ad omnia impuberis bona, sive a patre, sive aliunde quæsita, se extendit, usu sublatam esse (supple apud Belgas)*; DE CÆTERO *non modo patrem, sed et matrem, et propinquos et extraneos quoscumque, heredibus institutis, tum liberis, tum extraneis, tum impuberibus, tum puberibus cujuscumque ætatis, substituere posse verbis directis, in casum, quo heredes erunt, et vel intra pubertatem, vel intra majorennitatem, vel intra aliud tempus quodcumque, arbitrio testatoris præfiniendum, morientur; ita ut substitutio illa non producatur ultra bona ab ipso substituente profecta, et verbis substitutionis directis in obliquum flexis, institutus intelligatur gravatus etc.* (1). Vedete con che latitudine, e come rigettata la forma, si ritiene quasi tutta la sostanza della cosa.

Il GUDELINO dopo affermato delle stesse regioni, che non vi fossero in uso nè la pupillare, nè la esemplare del diritto romano, soggiugne: *Quandoquidem moribus hodiernis non videtur absurdum, ut quilibet possit ita instituere (idest directo ad certum tempus et ex certo tempore, jure militari); non verebor asserere, substitutionem, quæ filio etiam emancipato vel extraneo*

(1) *In Pandect. Lib. XXVIII, tit. VI, n. 26.*

neo facta fuerit directo post pupillarem ætatem, secundum mores nostros valere; scilicet ut substitutus dumtaxat ea bona, quæ fuerunt testatoris, qui substituit, habeat; non etiam illa, quæ aliunde ei, cui substitutio facta est, obvenerint; nam et in militibus jus romanum hoc optima ratione præscripsit, ne alicui, quo tempore ipse de rebus suis disponere potest, tollatur testamenti factio (1). In somma, secondo i lodati giureconsulti, si lascino intatti i beni proprj del figliuolo; e la sostituzione diretta sarà compatibile anche col diritto de'paesi bassi, tuttochè allungata all'età maggiore. Ne'codici moderni la troviamo altresì. L'ha il Prussiano (2); l'ha l'Austriaco (3); del nostro attuale il vedremo or ora.

A buon conto, poichè la sostituzion pupillare conteneva nna utilità vera, si sostenne nel romano imperio dopo caduta la rigorosa potestà patria; e fu ricevuta dalle moderne nazioni di Europa, dove tal quale e svelatamente, dove un po' travestita. La sua vera ragione, ossia la sua causa finale, riposta nel ben del pudo-

(1) *De jure noviss. Lib. II, cap. V, n.* 10.
(2) *Part. I, tit. XII, art.* 60.
(3) *Cap. X, art.* 509.

pillo, non è mai cessata; e mai non cesserà, finchè la malizia regnerà tra gli uomini, e finchè giovi avere un erede prescelto. La patria potestà servì di occasione e di ajuto al suo nascere; e questa, in quanto procede dalla natura, ed in quanto per tal principio ha con essa relazione, non è cessata, e non cesserà neppur ella; anzi a misura, che i buoni costumi torneranno in onore, ne riceverà quella maggiore energía, che suole ella loro rendere con larga usura.

APPENDICE ALLE TRE SEZIONI DELLA PARTE III.

§. XLVI. Articolo delle leggi novissime, che rinnova la pupillare. Obbiezioni. Prima risposta. Se l'attual pupillare abbia mistura di fedecommesso, non ci nuoce, anzi ci giova.

In tutta questa III parte della presente difesa, si è supposto, che il nostro novissimo Codice contenga espressamente la pupillare. È ormai tempo di vederlo.

I saggi compilatori delle nostre attuali Leggi Civili, quasi invidiando alle altre legislazioni il pregio della pupillare, e non volendone lasciar l'onore al diritto suppletorio, ci han dato l'articolo 945 in questi termini: *Il padre, la madre, gli altri ascendenti, i zii, le zie, i fratelli e le sorelle possono sostituire ad un minore di anni diciotto una terza persona, ma in quelli soli beni, ne' quali sia stato il minore lasciato erede.* Questo articolo ha distesa la sostituzion pupillare per rispetto alle persone, che posson farla e riceverla; l'ha ristretta per rispetto a' beni.

Ma eccoci in un nuovo campo di battaglia. Cotesta sostituzione, ci si dice, è fedecommèssaria, non pupillare. Nol vedete dalla rubrica del capitolo, ristretta alle

le *Sostituzioni fedecommessarie*? Nol vedete dalle persone, cui se ne dà la permissione, madre, zii, zie, fratelli, sorelle, persone tutte, che il diritto romano teneva lontane dalla facoltà in quistione? Nol vedete dai beni, che debbono essere quei soli, i quali sieno stati lasciati all'istituito? Fate un confronto del testo di PAPINIANO nella legge XLI, §.3, *D. De vulgari et pupillari*, col vostro articolo 945; e troverete in cotesto non già la pupillare, ma la fedecommessario-pupillare, cioè il fedecommesso, che s' impone al pupillo.

Rendiamo grazie agli autori della pretesa difficoltà, e la riceviamo con lieto animo. Non solo ella non ci offende, ma ci giova; e se offende, è la verità, non la causa, che ne viene offesa.

I. Non ci offende, ma ci giova. La confusione della pupillare colla fedecommessaria fu da temere, finchè il Codice Civile fulminò ogni fedecommessaria, fuor soamente le ristrettissime da esso permesse. La distinzione ci bisognò, durante l' imperio di quella legge. E per tutto tal tempo la temuta confusione si è dimostrata assurda, ed innegabile la differenza. Se la legge novissima abbia fatto un innesto dell' una coll' altra sostituzione, l'unione da questo punto è diventata legittima; e ci basta, che la mistura de' due elementi non impedisca l'effetto del semplice, che noi avevamo. Qual era l'effetto

 della

della semplice pupillare? Che i beni rimasi alla morte del pupillo passassero al suo sostituto. E tale effetto vien forse impedito dalla fedecommessaria, ed è incompatibile con essa? Abbiamo pocanzi veduto nel VINNIO, come i giureconsulti fiaminghi ed olandesi davano effetto alla pupillare tra loro, volgendola in fedecommesso (1).

Ed è da notare, che il caso nostro ha in suo favore una gran differenza; perciocchè chi presso que' popoli sostituiva direttamente al pupillo, il faceva contro alla legge del suo paese, che doveva essergli nota, verso la quale peccava o di tracotanza o di negligenza; sicchè aveva men diritto alla benigna interpretazione, che salvasse il suo atto. Nel caso nostro fu colpa forse del Marchese Folgori, se non previde quanto di passato a' dì nostri era per lui inconcepibil futuro?

Nè quì ha luogo neppure la quistione, che ha qualcuno agitata, cioè se ne' termini del diritto romano, la pupillare diretta, fatta dal pagano, per un tempo più lungo della impubertà, si volga in fedecommessaria dopo la pubertà venuta; e se la pupillare fatta a chi fare non si poteva, come al figliuolo emancipato, al solamente naturale, al collaterale, all'estraneo impubere, si volga simil-

---

(1) §. *preced.*

similmente in fedecommessaria; nella qual quistione il Gomesio, come dianzi accennammo, ritrattando un suo giovenil sentimento, *dopo impiegatavi maggior dottrina e disamina*, abbracciò la *comune sentenza* (1), e rafforzolla con otto solidissimi argomenti, che si posson vedere presso lui. Questi casi suppongono anche o la ignoranza o il disprezzo della legge dominante; cose, che al nostro testatore non vanno imputate. In tutti i detti casi è la interpretazione del foro quella, che volge la pupillare in fedecommessaria; è la benignità, che supplisce al rigore. Nel caso nostro, se la pupillare odierna è fedecommessaria, la legge è quella, che ne ha fatta la trasformazione; e l' accomodarvisi è necessità. L' effetto potrà essere più o meno ristretto, ma noi parliamo ora del diritto.

Prescindendo intanto dalla latitudine dell' effetto, il diritto, che il protegge, se mai è vero, che le leggi attuali abbian volta in fedecommessaria la pupillare, è un di-

(1) *Sed nunc in lectura ordinaria per viam doctrinae, altius considerando, teneo contrariam doctrinam et communem . . . ut substitutio pupillaris inutilis et invalida . . . . convertatur in fideicommissariam etc. Variar. resolut. Cap. V. De pupill. Num.* 6.

diritto più favorabile e più stringente. Ed eccone la pruova. Imperciocchè per indurre una pupillare più estesa, così dal canto di quei, che potessero ordinarla, come dal canto di quei, che possan riceverla, han le attuali leggi superata, per così dire, la loro avversione a' fedecommessi; e per favorire i pupilli, ne han creata una spezie quasi novella. Con questa mira dicemmo, che la pretesa fedecommessario-pupillare, oltre il non nuocere, giovi anzi al nostro intento, come quella, che pruova un maggior favore verso i pupilli. E lo pruova vieppiù, perchè da un modo nuovo si fa discendere con ampliazione l' effetto antico; ampliazione per le persone, che possan sostituire al pupillo, ampliazione nella età pupillare. Dove l' antica sostituzione finiva alla pubertà semplice; la nuova si distende alla *pubertà piena*, ossia fino a' 18 anni; quella pubertà, nella quale l' antico diritto voleva, che il padre adottante precedesse il figliuolo adottivo (1); quella, fino a cui la legge distendeva gli alimenti all'impubere legati (2). La nostra legge ha dunque elevato il favore della nuova pupillare, sia di-

---

(1) *L.* 40, *D. De adoptionibus.* §. 4, *Inst. Eodem.* *Paul. Sent. III*, 4, §. 1.

(2) *L.* 14, *D. De alim. legatis.*

diretta, sia indiretta, fino a quello degli alimenti, ed a quello dovuto alla dignità di padre.

§. XLVII. Seconda risposta. L'attual pupillare è diretta.

II. Ma è poi vera la surrogazione, che si pretende fatta d'una nuova fedecommessaria alla pupillare? Noi non la crediamo; nè pretendiamo con ciò, che altri abbia a credere come noi, trattandosi di un punto indifferente per la causa.

Che cosa ha il nostro articolo 945 di alieno dalla diretta? Questo bisogna vedere, poichè la rubrica esser può un argomento nel dubbio, ma non valevole ad alterare una cosa chiara. E non è sotto la stessa rubrica registrato l'articolo, che permette la separazione dell'usofrutto dalla proprietà, la quale nulla ha di fedecommessario(1)? E quante leggi fuggitive non abbiamo nel corpo del diritto romano? Venghiamo dunque alla cosa, e veggiamo se l'art. 945 contenga nulla di opposto alla pupillare. Le persone, ci dicono i nostri avversarj, diverse dal padre; e la restrizione a'soli beni del sostituente. In quanto alle persone, l'esemplare, la

(1) *Art.* 944.

la quasi pupillare, è certamente diretta, ed è a forma della pupillare. Or la facoltà dell'esemplare fu da Giustiniano conceduta a qualunque degli ascendenti di qualunque sesso (1). Pe' zii e per le zie, pe' fratelli e per le sorelle, lo ammettergli è stata una estensione del nostro provvido legislatore, il quale non ha men di potere nel regno suo, che ne avesse il restauratore del diritto romano nel suo impero. Come ora tutti i congiunti prendon cura dei minori nel consiglio di famiglia, ha egli stimato di accomunare a' principali di loro un'autorità, che tutta è diretta al vantaggio degli stessi minori.

In quanto a'beni, la sostituzione, che il militare faceva direttamente per un tempo maggiore della impubertà, toccata la pubertà, si restringeva alle sole sostanze paterne. *Centurio filio, si intra vicesimum et quintum ætatis annum, sine liberis, vita decesserit, directo substituit; intra quatuordecim annos etiam propria bona filii substitutus jure communi capiet; post eam autem ætatem, ex privilegio militum, patris dumtaxat, cum fructibus inventis in hereditate* (2). Dunque quelli, che ci si vorrebber dare per caratteri della fedecommessaria nella

(1) *L.* 9, *C. De impuberum et aliis substitutionib.*
(2) *L.* 15, *D. De vulg. et pupill.*

nella sostituzion dell' art. 945, lungi dall' esser tali, sono accidenti compatibili colla diretta.

Ma per opposito la restrizione ad un dato spazio di tempo non oltre la minore età, e la comprensione della parte riserbata, nel tutto, che dee passare al sostituito, son caratteristiche della pupillare vera, e non si vede, come possano alla fedecommessaria convenire. Stiamo alle stesse nostre Leggi Civili. Dove si permette al padre o alla madre di gravare un figliuolo a pro de' figliuoli di lui; e similmente dove si permette di gravare il fratello o la sorella a pro de' figliuoli di quello o di quella, si spiega, che tal gravame non ha luogo, se non sopra quei beni, di cui abbia il disponente la facoltà di disporre (1); ed esprimesi in oltre, che il gravato non possa a tali beni imporre alcun peso, succedendovi i chiamati *per proprio diritto* (2). E vi si usa inoltre il vocabolo di *restituzione* (3); circostanze tutte, che non si osservano nell' art. 945.

Se ci volghiamo alle leggi romane, il parallelo di Papiniano fra la pupillare e la fedecommessaria, contenuto

(1) *Art.* 1003 *e* 1004.

(2) *Art.* 1005.

(3) *Art.* 1003, 1004 *e* 1006.

nuto nella legge XLI, §. 3, *D. De vulgari et pupillari*, porta per principal differenza, che nella fedecommessaria il pupillo riteneva la quarta, laddove nella pupillare al sostituto passava tutto. E questo solo basta, perchè si vegga, quanto mal si ricorra al testo di PAPINIANO, per affibbiare la qualità di fedecommessaria alla sostituzione dell'articolo 945; e quanto quella qualità a questa sostituzione stia male. La legge citata è ottima per distinguere la pupillare dalla fedecommessaria, e noi la usammo a tale uopo (1); ma nulla giova, anzi nuoce, se si pretenda distinguere la pupillare da quella del nostro articolo 945. Conchiudiamo dunque per la verità, che questa è pupillare vera; conchiudiamo, per lo bisogno della causa, che se fedecommessaria, adempie perfettamente, anzi meglio, il nostro scopo.

PAR-

---

(1) §. XXVI. di questa terza parte.

PARTE QUARTA.

Della prorogazione della sostituzion pupillare, ordinata dalle leggi attuali.

§. I. Quistione unica, che resta a disaminare.

Se ordinata una sostituzion pupillare, quando la legge la restringeva dentro i quattordici anni pe' maschi, possa valere oltre questa età, incontrandosi in una legge novella, che la prolunghi; è l'ultima ed è la più spedita di tutte le quistioni della causa.

Convien premettere un fatto importante, ed è, che quando sopravvennero le leggi novissime, donde procede la prorogazion della pupillare, il Marchesino di Ducenta contava appena anni tredici, mesi nove e dì ventitre; ed è trapassato di anni diciassette e giorni dieci. Sicchè non ha mai veduto il giorno, in cui la legge del tempo, neppure la romana, gli avesse permesso il testare. Circostanza questa notabilissima, sulla cui contraria si truova fondata qualche estera decisione, escludente la pupillare; decisione per altro dipendente da legislazioni diverse dalla nostra. Venghiamo dunque alla quistione, a cui risolvere poche riflessioni saranno bastevoli.

§. II.

§. II. Primo argomento per la prorogazione della nostra pupillare, dalla ragione della cosa.

1. La ragione della sostituzion pupillare non era legata a qualche occulta virtù numerica, che fosse negli anni quattordici o dodici; ma sibbene alla impotenza di far testamento, che presso i Romani durava fino agli anni quattordici ne' maschi, ed a' dodici nelle femmine. La incapacità di far prima testamento era la ragione essenziale di quel diritto; la età vi veniva secondariamente e per conseguenza. Se presso qualche nazione si fosse permesso un più sollecito testamento, e fossesi usato nel resto il diritto romano; che dubbio vi sarebbe stato intorno alla minor durata della pupillar sostituzione? Dunque neppure alla maggiore, nell'opposto caso.

§. III. Secondo argomento della formola della pupillare.

2. La formola solenne di tal sostituzione portava nella sua condizione, non la età del fanciullo, ma il suo stato: *Si prius moriatur, quam in suam tutelam venerit*. Così a' tempi più vicini alla sua origine, come nel testamento di Coponio, di cui CICERONE ci ha conser

ser

servata tal parte (1). Così a' tempi de' giureconsulti delle Pandette (2). Così GIUSTINIANO, che ripone in tal formola la definizion della pupillare (3). *Titius filius meus heres esto. Et si filius meus heres mihi non sit; sive heres erit, et prius moriatur*, QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT . . . *Sejus heres esto.* Che altro importa la bellissima frase del *venire in suam tutelam*, se non il venire allo stato di poter disporre del suo, senza bisogno dell' altrui autorità? E qual mai è la differenza così in faccia alla legge, come in faccia all' uomo, se tale stato venga alquanto prima o alquanto di poi? I quattordici anni si confondono col venire *in suam tutelam*, se l'uomo vi viene a' quattordici anni. Ma se più tardi, i quattordici anni cadono, come un' accidente transitorio della cosa, e la sostanza rimane salda.

§. IV.

---

(1) *Topic. Cap. X, et De claris oratoribus, cap. L. II, juxt.* OLIVETUM.

(2) *L.* 30, *De vulg. et pup.*

(3) *Princ. Inst. De pupil. subst.*

§. IV. Terzo argomento dalla durata variabile della impubertà.

3. Dice POMPONIO, che inutilmente si comprende nella pupillare una età più lunga della impubere; *finietur substitutio pubertati* (1). Il termine dunque essenziale è quello, donde la legge fa cominciare la pubertà. Il sostituire è dell' uomo; il segnare la linea fra l'una e l'altra età è della legge. Il diritto romano faceva principiare da' quattordici anni compiuti ne' maschi la capacità del matrimonio, la fazione attiva del testamento, la cessazione della tutela; e questo punto della vita era il principio della pubertà presso i Romani. Il diritto moderno ha segnati varj punti, corrispondenti alla varietà delle dette cose. Il punto, da cui comincia la facoltà del matrimonio (parliamo sempre de'maschi), dopo un lungo spostamento, è tornato al quattordicesimo anno finito. La cessazione della tutela viene ora dopo compiuti gli anni ventuno. La fazione del testamento viene dopo i sedici per una metà, quando non vi sia la sostituzion pupillare, che dura fino a' diciotto; e dopo i ventuno per lo tutto. La pubertà dunque corrisponden-

te

---

(1) *L.* 14, *D. De vulg. et pup.*

te al poter far testamento è da' diciotto finiti, quando vi sia la sostituzion pupillare. Dunque trapassando i quattordici, non si trapassa la impubertà, dove la legge abbia allungata la età incapace di testare. Vedemmo di sopra, come presso gli Ateniesi la pubertà per lo matrimonio cominciava dopo gli anni diciotto; la pubertà per far testamento, e perchè la tutela e la pupillar sostituzione cessasse, aveva bisogno di un biennio di più (1).

§. V. Quarto argomento dalla forza degli statuti personali.

4. Non solamente vien dalla legge la pubertà, ma da un genere di legge, che si appella *statuto personale*. Lo statuto personale ha la prerogativa della retroattività; e cambia subitamente al suo apparire lo stato delle persone, ad onta della legge antica, che avesse altrimenti stabilito. Così i giovinetti di quattordici anni, che al sopravvenire delle nuove leggi, il 1809, avevano acquistato il diritto di contrar matrimonio, di far testamento, di disporre delle lor faccende senza l'autorità del tutore, ricaddero di botto nella incapacità di

(1) *Part. III*, §. *XLIV*, *nota* 2.

di tutte queste cose; e di puberi tornarono impuberi e soggetti di nuovo alla tutela. Nel Marchesino di Ducenta questa trasformazione non s'è operata, perchè la legge del 1809 il trovò infante, e quella del 1819 l'ha trovato nella incapacità di testare, ancorchè misurata col diritto antico. Sicchè questa legge non ha operato alcun cambiamento sopra lui; ed è da essere tanto più a lui applicata.

§. VI. Quinto argomento dalla similitudine, che in questa parte ha la legge colla natura.

5. Siccome la natura segna i termini della vita, così la legge la divide in varj spazj, secondo i bisogni del viver civile. Chi si riporta ad alcuno di questi spazj, dee dipendere dalla legge; siccome chi si rimette alla vita, è necessità, che dipenda dalla natura. Potrebbe sottrarsi dalla obbligazione di prestar gli alimenti ad un uomo centenario, uno, che glieli abbia promessi a vita, calcolando sugli anni del viver comune? No, perchè rimessosi alla vita, dee dipender dalla natura. Similmente chi abbia compreso nel suo diritto o nella sua obbligazione il tale stadio della vita civile, convien, che stia alla legge per la sua durata.

§. VII.

§. VII. Sesto argomento dalla L. XIV., §. 1, *De alimentis legatis.*

6. Un bello esempio di ciò lo abbiamo nella legge XIV, §. 1, *D. De alimentis legatis*, citata di sopra ad altro fine. Erano stati lasciati gli alimenti ad un fanciullo *usque ad pubertatem*. Si fe nascere il dubbio sulla durata della impubertà. L' Imperadore Adriano, volendo favorire il fanciullo, rescrisse, che s' intendeva fino a' diciotto anni ne' maschi, ed a' quattordici nelle femmine, principio della *pubertà piena* degli uni e delle altre. L' Imperadore Alessandro ordinò, che tal decisione servisse di norma in tutti i casi simili; ed Ulpiano la commendò per la pietà, che l' aveva dettata, *pietatis intuitu*. Nel caso, che diede occasione a questo stabilimento, il testatore si rimise alla pubertà; chi faceva la legge, ne stabilì un nuovo confine.

§. VIII.

§. VIII. Settimo argomento della estensiva interpretazione, che in questa materia ha luogo nella volontà.

7. La sostituzion pupillare è di estensiva interpretazione, se si tratta d'interpretare la volontà dell'uomo; nella quale, in questo punto, il tacito vale l'espresso. Già vedemmo nella causa Curana, come i Centumviri volsero in volgare la pupillare di Coponio. Ma sotto i primi Imperadori ne fu fatta una regola, ed a qualunque delle due formole fu attribuita la forza di entrambe. *Jam hoc jure utimur, ex divi Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligetur, sive filius heres non exstiterit* (ch'è il caso appunto della volgare), *sive extiterit et impubes decesserit* (ch'è quello della pupillare) (1). Alla qual costituzione, Alessandro, confermandola nel generale, aggiunse solo, *si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur* (2).

La distanza fra' due casi della vulgare e della pupillare è grande, e fe campeggiare tutta la sottigliezza e il

---

(1) *L. 4, D. De vulg. et pup.*
(2) *L. 4, C. De impub. et aliis subst.*

e il saper legale di QUINTO MUZIO SCEVOLA. Nondimeno prevalse il considerare, come non vi era ragione a non volere erede per se quello, che si era voluto al figliuolo; e similmente, che quello, che si era voluto al figliuolo, si doveva presumere anche a se voluto. Ma dal caso di non poter testare anzi gli anni quattordici, a quello di non poterlo fare anche più tardi, qual mai è la differenza, se non di parole? La prima quistione versava tra due spezie diverse; la nostra è nella stessa spezie, ravvisata sotto due diversi accidenti, che tornano in sostanza allo stesso. Quanto più di ridicolo non avrebbe CRASSO versato sopra SCEVOLA (1), se la causa di CURIO fosse nata, perchè la legge prorogato avesse la impubertà a qualche anno di più!

§. IX.

(1) CIC. *De claris oratoribus, cap. LII., juxta* OLIVET.

§. IX. Ottavo argomento della estensiva interpretazione, che in questa materia ha luogo nella legge.

8. La pupillare è di estensiva interpretazione, anche se si tratti d'interpretare la volontà della legge. In fatti gl'Imperadori prima di GIUSTINIANO concedevano la permissione di sostituire al mentecatto, prendendone la ragione dal caso dell'impubere. E per la stessa ragione si legge impetrato un simil privilegio nel caso d'un figliuol mutolo. Sul qual caso PAOLO, propostaglisi la quistione, se dovesse reggere tal sostituzione, avendo il mutolo lasciato un figliuolo; ed in generale, se sostituzioni di quella fatta reggessero, dopo cessata la infermità del figliuolo; rispose negativamente. E la ragione la tolse dalla pupillare vera, *quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum* (1). GIUSTINIANO in fine rendè di diritto comune la estensione della pupillare al caso del mentecatto e del furioso (2). Quì torna il medesimo argomento adoperato pocanzi. Se la legge è passata per parità di ragione dalla pupillare alla esemplare; molto più legale è il passaggio che

---

(1) *L.* 43, *D. De vulg. et pup.*
(2) *L.* 9, *C. De impuberum et aliis subst.*

gio nella pupillare stessa da una ad altra età, quando la età pupillare si sia allungata.

§. X. Nono argomento dalla maggiore estensione, che dà il foro alla pupillare.

9. Non solamente i legislatori hanno usata la estensiva interpretazione nella pupillare, ma il foro, i giureconsulti l'hanno estesa più oltre, attenta la latitudine della sua ragione; l'hanno estesa a'mutoli e sordi, ed ai prodigi. *Putem* (è ARNOLDO VINNIO) *constitutionem JUSTINIANI ad prodigos, atque adeo ad surdos et mutos quoque liberos porrigendam, quo casu ipsi testari non possunt. Quæ et communis sententia est, fundata in constitutionis humanitate et ratione, quæ his omnibus convenit; nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possint, parentes eis faciant; quod olim non licebat, nisi ex privilegio, nunc licet jure communi*. E cita una lunga serie di eccellenti scrittori, il GOMESIO, il GRASSO, il VIGLIO, il TULDENO, il PEREZIO ecc. ecc. (1). Non è più vicino al minore de' quattordici anni il nostro minore de' diciotto, essendo ad entram-

(1) *Ad §. 1, Instit. De pupill. Num. 3.*

trambi vietato il testare, che il mutolo e che il prodigo, cui favoreggiano gli scrittori? Nelle novelle di Leone non si considera, come incapace di testamento il prodigo (1); ed il mutolo sordo non è sì destituito d'intelligenza e di volontà, spezialmente se abbia ricevuta la conveniente istruzione, che non possa capire, che cosa importi il testare.

. XI. Decimo argomento dalla espressa volontà del testatore.

10. Ma nel nostro caso senza andar dietro alla volontà tacita dell' uomo ed a quella della legge, abbiamo il concorso dell' espresso nell'una e nell'altra, nè si potrebbe averne una concordia più piena e più chiara. In quanto alla volontà dell'uomo, il padre del nostro pupillo ha usata tal formola nel sostituirgli, che non contiene menzione di anni, ma la sola caratteristica della età incapace di testare: *Morendo in età pupillare* AB INTESTATO. Dunque letteralmente vi ha inclusi e i quattordici e i più anni, fin dove si estendesse la età incapace di far testamento. La parola AB INTESTATO non è quì ozio-

(1) *Nov. LXIII.*

oziosa; ma indica il motivo della ordinata pupillare. Ella importa la spiegazione della sua intenzione: *Perchè mio figlio dovrà correre una età, nella quale morrebbe* ab intestato, *se io non gli facessi il suo testamento; gliel fo io per tutta la detta età.*

§. XII. Undecimo argomento dalla espressa volontà della legge.

11. Volete anche la volontà espressa della legge, che compia quella concordia dichiarata, di cui parlavamo? Leggetela nella legge attuale, la quale fa due cose, allunga la età incapace di far testamento, ed allunga la sostituzione pupillare. Questa combinata disposizione pone la nostra causa al di sopra del caso, di cui si truova scritto, cioè della durata, che aver debba la pupillare, dove lo statuto allunghi la età incapace di testare. Già i più cordati scrittori della materia han tenuto, che bastasse l'allungamento della età incapace, per allungare la nostra sostituzione. Bartolo fu forse il primo a proporre tal quistione, e rispose in modo, che non si lasciò intendere neppure da' dotti. Il Goveano, che fra'moderni è stato de'primi e più profondi illustratori della materia, notò il difetto della risposta di Bartolo, e vi supplì colla sua. Ecco tutto il suo luogo. *Circa secundum, quod Bar-*

BARTOLUS requirit, ut sit impubes is, cui fit pupillaris substitutio; quærit, si statuto et lege municipali caveatur, ut minor viginti quinque annis testari non possit, substitui pupillariter filio possit; et ita substitui, ut paterfamilias effectus, decedens intra XXV annum, heredes habeat, quos ei pater dedit. Ad quam quæstionem BARTOLUS obscure respondet, ut vix intelligi possit. Ego respondeo, substitui posse, si intra XXV annum filius decedat: sed natis postea liberis, extingui eam substitutionem, ut et illam quæ furioso fit. L. Ex facto. Infra eod. L. Humanitatis, C. eod. Et directam eam fore substitutionem, non exemplarem, uti BARTOLUS existimat. Ubi enim eadem ratio est, idem jus statui oportet (1).

Ed il nostro dotto italiano SCIPIONE GENTILE, nel suo bel comentario della pupillar sostituzione, seguendo la serie de' requisiti di BARTOLO, al secondo requisito, *Ut si impubes*, scrive: *Pupillariter substitui non licet ultra annos pubertatis, idest quatuordecim vel duodecim, ut recte BARTOLUS, quem alii sequuntur, censuit . . . Nisi tamen municipali lege pubertas extenderetur ad plures annos, quam XIV vel XII. Tunc enim*

(1) *De vulg. et pup. Ad L.* 2, §. 5.

enim liceret usque ad illud tempus pupillariter substituere, sicut olim apud Germanos; quorum longissima erat pueritia, ut POMPONIUS MELA, *sive inexhausta pubertas, ut* CORNELIUS TACITUS; *maximæque laudis erat impuberem diutissime permanssisse* (1).

Ma tutto ciò è un soprappiù pel nostro caso. Nel diritto oggi proprio del nostro paese noi abbiamo le due cose insieme, prorogazione d'incapacità di testare, e prorogazione di pupillar sostituzione, non la sola della impubertà prolungata. Ed in questo concorso è per noi il suffragio di quegli anche, che facendo prevalere lo *scritto* alla *sentenza* della legge, anzi interpretandolo contra di essa, sono sì stitici da voler cessata la pupillare prima di cessare la incapacità di far testamento (1).

§. XIII.

---

(1) *De pupill. subst. Cap. II, Ut sit impubes.*

(1) Si vegga il BACOVIO; *Oper. tom. II, De instit. et subst. Disput. XI.*

§. XIII. Dodicesimo argomento dalle regole generali.

XII. Corona a tutti questi argomenti la fanno le regole del diritto intorno alla interpretazione delle leggi. *Cum in aliqua caussa sententia legis manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet*. Così GIULIANO (1). *Quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cætera, quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.* Così ULPIANO (2). *Semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erant.* Così TERTULLIANO (3). Non è manifesta la *sentenza* di quel trovato, che si dice istituzion pupillare, cioè che si è voluto con essa supplire alla incapacità dell' impubere? Non è *simile* la incapacità degli anni dodici e tredici a quella degli anni quindici e sedici, quando la legge abbia fatti anche questi incapaci? Non è la *stessa la utilità* del sostituire all' incapace del diritto romano, che quel-

(1) *L.* 12, *D. De legibus.*
(2) *L.* 13, *eod.*
(3) *L.* 27, *§. Semper. Eod.*

quella del sostituire all'incapace del diritto patrio? Non è *simile* la *persona* del novello impubere alla persona dell' impubere antico; e la *cosa*, ossia la causa del primo, non è *simile* a quella del secondo? Se dunque tutto è simile, anzi tutto è lo stesso nell' un caso e nell' altro, lo stesso diritto dee reggere eutrambi. *Ubi eadem ratio, idem jus.*

§. XIV. Colpo d'occhio di tutta la causa. Conchiusione.

Ei conviene riassumer la causa; ma il faremo come chi stanco da lungo cammino, debba renderne conto a persona, che l' abbia anch'ella altra volta percorso, accennandone in monchi accenti gli oggetti principali.

Il testamento di D. Ferdinando Folgori non è stato mai rivocato, nè alcuna sentenza è finora caduta sopra esso in contraddizione degl' interessati.

Questo testamento contiene una sostituzion pupillare, fatta a qualunque de' figliuoli, che gli potessero in qualunque tempo nascere dal matrimonio con D. Marianna Pignatelli; sostituzione, che sempre si è potuta fare a' postumi di qualunque genere. La persona sostituita sarebbe forse stata la madre, se mai fosse sopravvi-

 vu-

vuta all' unico figliuolo, che le restò in vita. Ma poichè morì ella la prima, il sostituito è certamente il zio D. Niccola, come almeno secondo sostituito pupillare per *vulgarem*. Se a D. Niccola si truovan fatte delle fedecommessarie sostituzioni a pro de' suoi figli e discendenti, queste non nuocono alla pupillare, per molte ragioni; di cui l' ultima è, che se ne viene a giudicare ora la prima volta dopo le Leggi Civili, le quali han dichiarato, che il vizio delle sostituzioni vietate rimane in loro, e non si stende a viziare le disposizioni principali. Nè prima di ora se ne potea giudicare; trattandosi di successione testata dell' impubere, aperta oggi.

Il testamento, che contiene queste cose, fu fatto il 1801, sotto il diritto romano. Il testatore venne a morire il 1810, sotto il Codice Civile. Il pupillo è trapassato lo scorsò anno, sotto le attuali Leggi Civili, in età di non potere ancora testare, per la prorogata incapacità del diritto moderno, È fuor di dubbio, che così il diritto romano, come le attuali Leggi Civili, proteggono la sostituzion pupillare. Se il Codice Civile la proteggesse anch'egli, il diritto del sostituto non formerebbe lite.

La lite è nata dal dubbio, che il Cod. Civ. avesse proscritta la pupillare. È un soprappiù il lasciar sus-

si-

sistere per poco tal dubbio, e far vedere, com'egli non nuoce alla nostra causa. Imperciocchè, se si ricorre alla regola generale, che lo impedimento nuoce soltanto, quando sia contemporaneo coll' effetto; il tempo dello effetto della nostra pupillare è l'odierno delle Leggi Civili, non il passato del Codice Civile. Se si ricorre alla teoria delle istituzioni condizionali, tra le quali è la nostra sostituzione; elle diventano utili, comunque prima inutili, ove mettan capo in un tempo, in cui lo impedimento sia cessato, o che questo venga dalla incapacità delle persone, o dal divieto della cosa; come si vede spezialmente nei legati condizionali di cose proibite, che si vengano a verificare dopo la proibizione passata. Se per ultimo si ricorre alla natura propria della nostra sostituzione, come quella, che deferisce la eredità del figliuolo, non del padre; la conseguenza è sempre la stessa, perchè il figliuolo è morto sotto la legge attuale. Sotto tutte queste vedute, la morte del padre, quando abbia seco il divieto della pupillare, viene involta nel tempo medio; del quale è stabilito costantemente nel diritto, che non nuoce ad alcuno.

Ma perchè trattenerci più oltre nel dubbio di tal divieto, s'egli svanisce al primo confrontare della pupillare colle sostituzioni da quel Codice proibite? La differenza è tra loro essenziale. Il Codice ha vietate quel-

le, che inducono gravame di conservare insieme e di restituire, ossia le fedecommessarie piene. Dove manchi alcuna delle cennate caratteristiche, non è sostituzione vietata. Talchè il fedecommesso del residuo, come quello, che non obbliga a conservare, ossia non vieta lo alienare, è corso liberamente in Francia senza trovare ostacolo nel Codice Civile, dal nascer di questo finora. Or che sarà della pupillare, la quale non solo non induce obbligo di conservare, ma neppure impedimento a disporre, perocchè la pupillare è fatta appunto per chi a cagion della età è incapace di disporre? A buon conto la pupillare nulla ha di comune co'fedecommessi, come riconoscono tutti gli scrittori, finanche i moderni francesi. In Francia può ella trovar degli ostacoli, perchè se il Codice Civile non l'ha proibita, e non l'ha permessa, l' hanno tra loro proibita le leggi della rivoluzione. E pure nella stessa Francia oggidì è insegnata, ad onta delle cennate leggi, che furono mostruosi parti della stravaganza giunta al suo colmo. Ma nel nostro regno, dove leggi sì strane non han messo mai piede, il silenzio del Codice Civile vien supplito dal diritto romano. E così la forza della pupillare non è mai cessata tra noi.

Son frivoli ed illusorj argomenti quelli, che si traggono così dalle altre parti del Codice Civile, come dal cessamento della potestà patria de' Romani. La pupillare è sta-

è stata praticata fra popoli più antichi del romano, parecchi secoli prima, che s' introducesse ella in Roma; ed ha la sua radice nella naturale autorità paterna, anzi nel cuor d' ogni padre, che morendo tema di lasciare i suoi orfani esposti alle insidie di eredi certi e rapaci. Il perchè in Roma stessa non ha ella seguito le fasi della patria potestà civile; ed al declinar di questa, vi ha preso più piede; e si è propagata ne' popoli moderni, a cui non giunsero mai le durezze del diritto romano; e fiorisce tuttavia a' dì nostri presso cultissime nazioni; e fiorirà maggiormente, a misura che i buoni costumi torneranno in onore.

Lodi e grazie alla sapienza del RE, che nella riforma della legislazione, approvando i salutari consigli, che il circondano, ha rinnovato il vigore d' un diritto sì umano e sì provvido. Un suo fedel servidore spera così riconoscere dal suo Signore e Sovrano, che le sostanze de' proprj avi, senza dispergersi in mani straniere, non escan da'suoi numerosi figliuoli. La città (osiamo sperarlo anche noi) non vedrà dopo tante rovine crollare un'altra di quelle case, la cui conservazione, quanto forse si oppone ad altri principj, tanto contribuisce alla fermezza di quelli, che noi a gran ventura professiamo. Lo stato infine goderà di vedere nella nostra

stra vittoria un novel trionfo di quello, ch'è uno dei potentissimi mezzi del suo prosperare, cioè del paterno potere.

Napoli, addì 30 di Marzo, MDCCCXXIII.

Barone Winspeare.
Felice Saponara.
Angelo Abbatemarco.
Guido Guida.
Angelo Vallin.
Michele Satriani.
Gaspare Capone.